ELEMENTI

DI

DRITTO CIVILE ROMANO

SECONDO L'ORDINE

DELLE ISTITUZIONI DI GIUSTINIANO

LATINO-ITALIANI.

ELEMENTA
JURIS CIVILIS ROMANI

SECUNDUM ORDINEM

INSTITUTIONUM JUSTINIANI

OPUS

JO. GOTTL. HEINECCII

ACCEDUNT

VARIORUM NOTÆ SELECTÆ

TOMUS PRIMUS

NEAPOLI
EX TIPOGRAPHIA TRAMATER
1831.

ELEMENTI

DI

DRITTO CIVILE ROMANO

SECONDO L'ORDINE

DELLE ISTITUZIONI DI GIUSTINIANO

DI

GIOV. GOTTL. EINECCIO

NUOVA VERSIONE

DAL LATINO IN ITALIANO

CON NOTE SCELTE

VOLUME PRIMO

NAPOLI

DA' TORCHI DEL TRAMATER

1831.

AVVERTIMENTO

DEL TRADUTTORE.

Nell'eseguire la versione de' presenti elementi di dritto romano di *Eineccio*, ci siamo sforzati di essere precisi, chiari, semplici, qualità essenzialissime per tutt' i libri istituzionali. Abbiamo cercato di rendere fedelmente il pensiero e la forza dell' espressioni del testo; abbiamo tenuto un giusto mezzo tra la pedantesca servilità e la sfrenata licenza, di guisa che nè abbiamo tradotto parola per parola, nè per parafrasi, ma si è cercato di esprimere scrupolosamente, per quanto è stato in noi, i pensieri dell' autore sino alle più leggiere gradazioni, con quella circonlocuzione ch' esige la costruzione della nostra lingua e la chiarezza del dire: si è avuto riguardo a' pensieri più che alle parole. Nelle opere istituzionali è sempre da cercarsi la massima precisione e chiarezza, e deesi con ogni studio evitare qualunque ricercatezza di elocuzione, avvegnachè il pregio di opere siffatte, non istà nella sonorità ed armonia dello stile, ma bensì nell' esattezza e nella precisione, di guisa che le proposizioni tosto si presentano alla mente dell' apprendente senza incontrare la menoma difficoltà. Siccome l' autore dettò un' opera sulla maniera di scrivere puramente latino (*Fundamenta stili cultioris latinitatis*) così si sforza di scegliere tra gli antichi scrittori del Lazio fiori eleganti, di modo che spesso per troppo ricercatezza adopra uno stile oscuro, disadorno, figurato, intraducibile, adducendo tratto tratto paragoni ed esempi affatto speciosi o di una dizione impenetrabile. Quindi talora, sia per me-

glio sviluppare e completare il senso dell' autore, sia per maggiore chiarezza ed ordine nel discorso, abbiamo supplito alcuni termini e cercato di ligare i periodi. Ora di una frase siamo stati obbligati a farne due; e viceversa di due una. Finalmente si è creduto opportuno di adoprare, per quanto ci è stato possibile, de' termini tecnici della scienza legale.

Le numerose citazioni dell' autore si sono incorporate nel testo tra due parentesi, dopo il luogo ove debbono essere collocate: sistema tanto utile e così bene messo in pratica e diffuso presso i Tedeschi. Nel testo latino si son messe come stanno nell' originale; nella versione poi quelle che meritavano d'esser tradotte lo sono state e per l'opposto quelle che non lo dovevano essere si son rimaste latine, come sono tutte le citazioni delle leggi. Abbiamo stimato opportuno di mettere le note dell' autore in piede di pagina, e non di farle stare incorporate col testo, poichè non solo in tal modo interrompevano il nesso dell' idee, ma facevano una cosa sconcissima all' occhio che vedeva e testo e note confusi tra loro.

Delle diverse annotazioni fatte da vari autori sui presenti elementi si son trascelte le più utili ed interessanti; quelle che rischiarono, sviluppano e dilucidano i principii del nostro autore o che contengono delle notizie interessanti a sapersi. Avvertiamo per tanto che le note dell' autore sono contraddistinte con lettere dell' alfabeto, e le scelte con cifre arabe.

In quanto all' edizione del testo ci siamo avvaluto dell' edizione dell' intera collezione delle opere dell' autore fatte in Ginevra: collezione riprodotta presso noi, a giudizio di dotti nostri giurisperiti, con maggiore esattezza dal tipografo Campi (1768) e che per ciò abbiamo ancora consultato, ne abbiamo omesso di tener presenti pure le più pregiate edizioni tedesche.

In fine dell' opera si troverà una succinta notizia della vita e degli scritti del nostro celebre autore, ed una sugosa storia del dritto romano attinta dall' opera dello stesso (*Historia juris civilis romani ac germanici*) e da altri rinomati scrittori; chè riuscirà

utile di conoscere i progressi e le vicende del dritto romano dopo di averne appreso i principii. Finalmente non abbiamo voluto sporcare l' opera di Eineccio con inutili conoscenze di confronto di leggi patrie o di altra qualsiasi impostura; vizio tanto comune e solito a praticarsi da' nostri cerretani speculatori che illudono il pubblico con siffatte letterarie imposture.

Dal confronto del testo colla versione giudicherà l' imparzíal lettore come siamo riusciti nella nostra impresa, se abbiamo fatto una traduzione sciagurata, come tante che ogni giorno sporcano i torchi, o se una esatta e precisa.

PRÆFATIO.

Elementa haec IURIS, *quae, adornata in usum auditorum, scriniis meis excidere passus sum, ea tibi lege exhibeo, candide lector, ne illico poscas tabellam, neque me prius, quam caussam dixerim, praecipiti suffragio condemnes. Quamvis enim in tanto libellorum huius generis proventu nihil tibi opus esse videatur lucubratione mea, et ipse ego satis intelligam, non tantum mihi esse vel auctoritatis, vel doctrinae, ut me tot celeberrimorum virorum diligentiam imitaturum, nedum aliquid rectius et praestabilius traditurum, confidam: tamen, si instituti mei rationes, si genus scribendi, et ipsum, quo singula tradidi, ordinem paullo adcuratius expenderis, constabit mihi, ut opinor, otii ratio, et de iudicio aequitateque tua spem paullo meliorem concipere licebit. Quare ut, quae tandem illa sint, in quibus et aliquam operam posuisse me dico, dum libellum hunc concinnavi, et multam ponendam esse omnibus, qui adornandis iurisprudentiae praeceptis animum adiiciunt, puto, intelligas: exponam ea, ut potero, breviter, tibique facultatem faciam, ex iis de insumta huic opusculo opera, eiusque fructu iudicandi.*

Primum, ut instituti rationem perspicias, liceat mihi pace tua rem paullo altius ordiri ab iis temporibus, quibus IRNERIUS*, eiusque successores studium aliquod iuris romani, iam paene sepulti, hominibus injecerunt. Quum his ratio interpretandi iura ἀναλυτικὴ videretur pulcherrima; id sibi negotii credebant solum dari, ut diffusum istud iuris Iustinianei volumen, vel amplissimis commentariis, vel scholiis brevioribus illustratum, in cathedra proponerent, et ita leguleios a se formatos dimitterent in fora, ibi non sine uberrimo quaestu in fas nefasque verba et iras suas locaturos. Verum ea docendi ratione, pro tironum captu, et eorum temporum caligine, nihil poterat reperiri deterius. Primum enim quum ab elegantiorum litterarum, historiarum, ac philosophiae praesidiis, quae ἀνάλυσις requirit, plane destituti tantum opus adgrederentur: ipsi sibi praescripserunt leges istas interpretandi, quas a* GUIDONE PANCIROLO *(a) exponi*

(a) *De clar. leg. interpr. Lib. II, cap. 6.*

PREFAZIONE.

I presenti elementi del dritto, distesi ad uso delle prelezioni accademiche, e che ho permesso di uscire da' miei scrigni, te li offro, o imparziale lettore, a condizione che non prendi tosto la tavoletta e con prevenuto giudizio mi condanni senza aver pria conosciuti i motivi che m' inducono a pubblicarli. Imperocchè, sebbene tra tanti libri di tal genere non abbi bisogno del mio, e conosco di non possedere abbastanza nè autorità nè dottrina da emulare l' accuratezza di tanti rinomati ingegni, nè sarò per dire nulla di meglio e di più preciso; pur tutta fiata se ponderatamente esamini il mio metodo, lo stile e l' ordine onde son disposte le materie, sarò tranquillo affè mia, e mi lusingo d' indulgenza dal tuo giudizio e dalla tua equità. Quali siano gli obietti su' quali con qualche studio ho meditato nel comporre il presente libercolo, e meditar si debbono da coloro che trattar vogliono gli elementi della giurisprudenza, brevemente te li esporrò, acciò sii nel caso di poter giudicare dell' intrapreso lavoro e della sua utilità.

Per farti rilevare il mio piano, stimo dover risalire all' epoca in cui Irnerio e suoi successori destarono qualche scintilla dello studio del dritto romano, già quasi spento. Sembrando loro il metodo analitico di trattare il dritto il più adatto, credevano non poter far di meglio che esporre dalla cattedra il diffuso corpo del dritto giustinianeo, illustrato o con amplissimi commentari o con brevi scoli; e dopo di aver in tal modo formato de' scioperati legisti li scapolavano nel foro, in cui per dritto e per rovescio, non senza gran guadagno, vendevano ciarle e disseminavano dissenzioni e disperazione. Siffatto metodo per l' intelligenza degli apprendenti e pel buio de' tempi non poteva essere più cattivo. Nell'epoca in cui intrapresero sì gran lavoro erano affatto privi de' soccorsi della letteratura, dell' istoria e della filosofia, tanto reclamati dall' analisi; s' imposero da loro stessi d' interpretare queste leggi, come osserviamo esposto da GUIDONE PANCIROLO (1), tediosissime, alle cui parole stretta-

(1) De' più rinomati interpreti delle leggi lib. 2 cap. 6.

animadvertimus, taediosissimas, quibus adstricti tot verba inania faciebant, tot nihil ad rem pertinentes quaestiones movebant, ut tironibus, qui se huic oceano commiserant, vix ulla spes esset, illum unquam enavigandi. Deinde, si qui inter illitteratissimas illas litteras consenuissent, id essent diuturnis vigiliis consequuti, ut universum ius Iustinianeum, ***BARTOLI*** *et* ***ACCURSII*** *absinthio probe conditum, devorassent: tamen et hi non tam veram iurisprudentiam, sibi per omnia similem et inter se cohaerentem, quam aliquam eius umbram, tenebant. Fieri enim non potest, ut disciplinam aliquam videatur adsequutus, qui, neglectis principiis, quasdam eo pertinentes quaestiunculas edidicerit: nec tirones tam sunt perspicaci ingenio, ut ex tot relatis in Digesta et Codicem veterum legum fragmentis, id est, ex dispersis Hippolyti membris, iustum sibi iurisprudentiae corpus et σύστημα suo Marte extruant. Eo itaque factum, ut doctores illi, quum in tanta principiorum ignorantia non esset, ubi pedem figerent, paene omnia, quae in iure, traduntur, subtiliore argumentorum collectione in disceptationem vocarent: nihil ut hodie sit aequum, iniquum, iustum, iniustum, ad quod defendendum deesse alicui possit doctorum auctoritas. Ita fieri oportuit, quum de iurisprudentiae principiis pernoscendis tam parum solliciti essent iuris interpretes. Quemadmodum enim sapienter ait* ***PLATO***, semper inter se consentire eos, qui aliquid sciunt: *ita non potuerunt non illi omnia labefactare, subvertere, et in perpetua opinionum varietate et discrepantia versari, quum scirent nihil, siquidem scire, recte definiente* ***ARISTOTILE*** *(a), est τὴν αἰτίαν, δι᾽ ἣν τὸ πρᾶγμά ἐστιν, ὅτι ἐκείνη αἰτία ἐστί, καὶ μὴ ἐνδέχεσθαι τοῦτ᾽ ἄλλως ἔχειν, γινώσκειν* caussam, propter quam res est, eamdem esse rei caussam, nec posse eam aliter se habere, cognoscere. *Haec est prima illa iura tradendi ratio, quae ut provectioribus et solidiore principiorum notitia imbutis insignem adferat utilitatem, tironum tamen rationibus tam parum accomodata est, ut eam post illam felicissimam temporum reparationem satis mature dereliquerint magni nominis iureconsulti.*

Ex eo enim tempore magis plerisque se probavit ratio docendi συνθετική, eatenus ut, ea saltim praemissa, iuvenes in ipsum ius Iustinianeum intromitterentur. Hinc ***CUIACIUS***, ***PACIUS***, ***WESSENBECIUS***, *aliique viri doctissimi dispersa per universum volumen Iustinianeum praecepta colligere, et in suos singula loculos disposita, iusto ordine proponere coeperunt. Quorum exemplum quamvis plu-*

(a) *Poster. Analyt. Lib. 1, cap. 2, num. 1.*

mente ligati facevano tante vuote ciarle, ed elevavano tante futili quistioni di guisa che era caso omai disperato per gli apprendenti il poter uscire da sì inestricabile laberinto. In seguito se alcuni incanutivano tra queste scioperatissime cognizioni, non ne ricavavano altro pro che di aver divorato tutto il corpo del dritto giustinianeo ben narcotizzato coll' assenzio di BARTOLO ed ACCURSIO, nè attingevano la conoscenza della vera giurisprudenza sempre a sè simile e coerente, ma un suo vano fantasma. Impossibil cosa ella è che possa essersi impossessato di una scienza qualunque, chi, avendone trasandati i principii, ne impari qualche quistioncella nè i giovani apprendenti sono di sì svegliato ingegno di poter da tanti frammenti di antiche leggi inseriti nel Digesto e nel Codice, come le disperse membra d'Ippolito, formarsi un adequato sistema di giurisprudenza. Ne avvenne da ciò che in una sì grande ignoranza di principii, que' dottori non sapendo ove mettere il piede, discettarono tutti li obietti che trattansi nel dritto con grande apparato di sottili argomenti, di guisa che nulla oggi avvi di equo, d' iniquo, di giusto e d' ingiusto che per difenderlo mancasse dell' appoggio dell' autorità di qualche dottore. Così doveva essere dal che gl' interpreti del dritto poco si brigarono di conoscere i principii della giurisprudenza. Siccome saggiamente dice PLATONE *coloro che sanno qualche cosa sempre convengono tra loro ;* così era impossibile per coloro che nulla sapevano di non rovinare e sovvertire il tutto in tanta discrepanza e fluttuazione di opinioni, avvegnachè per sapere fa d'uopo secondo la saggia definizione di ARISTOTILE (a) *tèn aitian , di èn to pragma estin, oti ekeinê aitia esti, kai mê endechesthai tout' allôs echein, guinôskein* = conoscere la causa per la quale una cosa è , conoscere che quella è la causa , e che non ve ne può essere altra. Tale è quel primo metodo d'insegnare il dritto di sommo vantaggio pe' provetti che a fondo studiarono i principii , nondimeno affatto inidoneo alla capacità degli apprendenti , tantosto abbandonato da reputatissimi giureconsulti dopo la felice ristorazione degli studi.

Da quest' epoca infatti venne semprepiù approvato il metodo sintetico d' insegnare, in quanto che, almeno si premettesse a' giovani, pria d' intrometterli nello stesso corpo di dritto giustinianeo. Allora CUJACIO, PACIO, WESENBEC ed altri dottissimi uomini cominciarono a raccogliere i principii disseminati in tutta la compilazione giustinianea, e disposti ciascuno nel suo posto , a spiegarli con convenevole ordine. Benchè il loro e-

(a) Port. Analy. lib. 1, c. 2, num. 1.

ribus postea incitamento fuerit, ad eamdem viam ingrediendam, tamen et hi postea in diversa iverunt. Alii enim memoriae auditorum consulturi, solis inhaerebant conclusionibus, easque modo per caussarum genera, *quae vocant, modo per* quaestiones *disponebant : modo se praeclare suo functos officio existimabant, si ad singulos titulos aliquot casuum leviter enucleatorum centurias proponerent. Alii iudicii discentium habita ratione, id potissimum agebant, ut conclusiones ad sua principia referrent, nihilque traderent, cuius non ratio ex iis, quae antea explicaverant, ab unoquoque perspiceretur. Illi ad memoriam omnia referebant, et si qui ieiuna ista praecepta edidicerant, et ad singulas quaestiones ipsa compendii verba poterant reddere eos, aliquot casuum et quaestiuncularum myriadibus suffarcinatos, et phaleris ornatos doctoralibus, ablegabant in forum, strepitum his armis non sine horrore iudicis daturos. Hi parum de casibus, parum de verbis compendiorum sollieiti, ita induxerant in animum, ius nostrum non esse disciplinam hiulcam et male cohaerentem, vel ex innumeris legibus, parum sui similibus conflatam, non rudem indigestamque molem.*

Frigida ubi pugnent calidis, humentia siccis,
Mollia cum duris, sine pondere habentia pondus :

sed esse, si iusto ordine tradatur, σύστημα *pulcherrimum, in quo omnia principiis suis firmo nexu cohaereant. Ex quo consequi existimabant, ut qui ista theoremata probe perspexerint, iis non possit deesse facultas, quaestiones omnes et species in vita humana obvenientes enodandi. Iam si ex me quaeras, utra docendi ratio mihi se magis probet, fatebor, a priore opinione sententiam meam semper discrepasse. Quum enim scire sit rerum caussas perspicere : an tu eum ius, in quo versatur, scire dixeris, qui nullam umquam principia iuris pervestigandi curam animum subire passus est? qui, ubi aliqua quaestio, in compendio suo non explicata incidit, se expedire non potest, nisi BARTOLI, BALDI, ACCURSII, IMOLAE, ISERNIAE, BUTTICELLAE, CACCIALUPI et sexcentorum aliorum manibus evocatis? cui denique eo uno nomine quam maxime placuit iurisprudentia, quod,* non omnium, quae a maioribus constituta sunt, rationem reddi posse, nec ideo rationes eorum; quae constituuntur, inquiri oportere, *ipsi iuris auctores (a) prudenter monuerint? An non miseram illam dixeris disciplinam, quae, quum maxime ad teli iactum*

(a) L. 20 et 21 D. de legib.

sempio incitasse molti a battere lo stesso sentiero pur tuttavia in seguito se ne allontanarono. Avvegnachè gli uni per condiuvare la memoria degli uditori, attaccavansi alle sole conclusioni, e le classificavano ora per genere delle cause (secondo essi dicevano), ora per quistioni; talora stimavano l' aver degnamente disimpegnato il loro incarico, proponendo sopra ciascun titolo alcune centurie di casi superficialmente abbozzati. Altri, volendo aguzzare il giudizio degli apprendenti, si proponevano di preferenza il far rimontare le conseguenze a' loro principii, e di non insegnare cosa alcuna di cui non si rilevasse la ragione dalle precedenti spiegazioni. I primi mandavano il tutto a memoria, ed allorchè alcuni apprendenti si erano impossessati di questi smunti precetti, ed erano divenuti capaci di repetere sopra ciascuna quistione, l' espressioni medesime del loro compendio, pieni la testa di alcune migliaia di casi e di frivole quistioni, ornati di arnese dottorale, si scapolavano nel foro a contendere con siffatte armi non senza fremito de' giudici. I secondi poco si brigavano de' casi, pochissimo dell'espressioni di un compendio, erano persuasi che il nostro dritto non fosse una scienza informe, incoerente, o costituita d' innumerevoli leggi affatto disformi, finalmente che non è un ammasso indigesto.

Frigida ubi pugnent calidis, humentia siccis
Mollia cum duris sine pondere habentia pondus

ma essere piuttosto, allorchè viene convenevolmente trattato, il più bel sistema in cui tutti gli obietti si rannodano in un indissolubil nesso a' loro principii. Da ciò ne deducevano che a coloro, che hanno bene approfonditi siffatti principii, giammai potesse mancare la facoltà di snocciolare tutte le quistioni possibili ed immaginabili. Ora se mi si dimanda a qual metodo dò la preferenza nell' insegnare, confesserò volentieri che mai mi andiede a sangue l' opinione de' primi. Avvegnachè se per sapere fa d' uopo di conoscere la causa delle cose: direte che sa il diritto di cui si occupa, colui che non si prende la menoma briga d'investigarne i principii? colui che, quando offresi una quistione non preveduta nel suo manuale, non può uscirne che invocando i mani di BARTOLO, BALDI, ACCURSIO, IMOLA, ISERNIA, BOTTICELLA, CACCIALUPI e di secento altri? colui finalmente che ama la giurisprudenza solo perchè *non può rendere ragione di ciò che stabilirono i nostri maggiori, e che conseguentemente non bisogna ricercare la ragione di ciò che vuole la legge, siccome saggiamente hanno ammonito gli stessi autori (a) del dritto?* Non reputerete forse una scienza meschina quella, che trattandosi di metterla in pratica, abban-

(a) *L.* 20 *et* 21 *D. de legib.*

renitur, ita sui cultores destituit, ut, quum in forum venerint, putent, se in alium terrarum urbem delatos? Et quis quaeso quantocumque studio, eo adspirabit, ut casus, qui quandoque inciderint, omnes, quidque de singulis responsum sit, in promptu habeat? Sane si quis mille decisionum voluminibus impalluerit, nedum si systema iuris casibus refertissimum memoria comprehenderit; tamen id ei semper continget, ut mille alias quaestiones, in vita humana obvenientes, nec legerit unquam, nec memoriae mandarit. Quapropter graviter eam stoliditatem insectatus FRANCISCUS DUARENUS (*a*): Admirari, *inquit*, soleo eorum stultitiam, qui in vulgatissimis interpretum commentariis omnem aetatem terunt, ut inde singolorum negotiorum cognitionem hauriant ei profecto non absimiles, cuius meminit *LUCIANUS*, qui, in maris litore sedens, conabatur singulas undas pernumerare, donec undas undis trudentibus obrueretur, animoque angeretur, quod eas numero amplecti non posset. Nam ut quis memoriae mandet, quaecumque a *BARTOLO* et ceteris scripta sunt, quod fieri profecto nequit, quota tamen erit portio eorum, quae quotidie inter mortales contingunt, nec ullis adhuc scriptis definita sunt? *Omnium sane scientiarum ratio in principiorum intelligentia, et conclusionum cum iis cohaerentia posita est; et quemadmodum, qui divinas illas et sublimiores mathematum disciplinas tradunt, non iubent auditores aliquot millena problemata, ediscere: sed definitiones, axiomata, theoremata illa inculeant et demonstrant, quibus perspectis ipsi facultatem quaevis problemata promte solvendi consequantur: ita nec ICtum, suo munere functum arbitror, qui auditores solis conclusionibus et casibus iubet implere cerebrum, mox forsan aliquot Anticyris purgandum, nec illos ad ea intromittit artis aequi bonique principia, quibus adcurate intellectis, ipsi species et quaestiones obvenientes, adhibita in consilium ratione et lege, promte enodarent. Eum itaque ego ICtum dicere soleo, qui, ut iterum DUARENI verbis utar*, praeceptionum et theorematum universalium, quibus ad iudicandum ex bono et aequo de singulis negotiis praeparamur et informamur, cognitionem sibi adcuratam pepererit. Nam singularia, quae infinita sunt, sub nullam artem aut praeceptionem cadunt. *Eam ego ICti laudem puto maximam, si ita percepta habeat artis suae praecepta, ut iurium singolorum rationes et principia intelligat, eaque in promtu habeat axiomata*,

(*a*) Comment. de ratione docendi discendique iura, pag. 1104 :

dona di guisa i suoi cultori, che quando si slanciano nel foro credonsi strasportati in un mondo affatto nuovo? E quale è, di grazia, colui che, in qualsiasi professione, possa sperare di aver presente tutti i casi che se gli potranno offrire, e ciò che si potrà a ciascuno rispondere? Ancorchè siasi intisichito su mille volumi di decisioni, quando siasi mandato a memoria il migliore sistema di casi legali, pur tutta via si presenteranno sempre nel corso della vita mille altre quistioni, nè mai lette, nè mandate a memoria. Quinci una sì grande stoltezza è stata gravemente ripresa da FRANCESCO DUARENO (1): *Mi sorprende sempre*, dic' egli, *la stoltezza di coloro che consumano la vita intera su' migliori commentari degl' interpetri per attignervi la conoscenza de' singoli casi; rassomigliano a colui di cui parla LUCIANO, che, assiso in riva del mare cercava di numerare le singole onde, finche i flutti accavallandosi gli uni sugli altri confusero il suo calcalo, e dolevasi che non potesse numerarle. Avvegnachè malgrado che qualcheduno mandi a memoria tutto ciò che hanno scritto BARTOLO e gli altri, lo che è impossibile, quante cose non si offriranno alla giornata che non rinvengonsi registrate!* La ragion sufficiente d'ogni scienza è al certo riposta nell' intelligenza de' principii e nel legame colle loro conseguenze: e siccome coloro che insegnano il divino e sublime studio delle matematiche non prescrivono agli apprendenti d' imparare delle migliaia di problemi, ma inculcano e dimostrano le definizioni, gli assiomi e que' teoremi, che una volta conosciuti, tosto si è nel caso di poter da sè stesso sciogliere qualunque problema; così non reputo ottimo precettore quel giureconsulto che inculca a' suoi uditori di riempiersi la testa di decisioni e di casi, per purgarla forse in seguito con alcuni grani di elleboro, e che non li faccia conoscere que' principii della scienza del giusto e del buono, che, una volta conosciuti, possono da loro stessi, consultando la ragione e la legge, risolvere tutte le quistioni immaginabili. Chiamo dunque giureconsulto *colui*, *che*, per servirmi di nuovo dell'espressioni di DUARENO, *abbia approfondito i principii ed i teoremi generali*, *che ci preparano e ci rendono capaci a giudicare su di ciascuna cosa ciò ch' è giusto e buono*, *giacchè è impossibile il poter ridurre a scienza od a precetti tutti gl' innumerevoli singoli casi.* Reputo dunque principal merito del giureconsulto il conoscere di modo i precetti della scienza sua che distingua le ragioni ed i principii di ciascun punto di dritto, che abbia sempre

(1) *Commentario sulla maniera d'insegnare e di apprendere il dritto p.* 1104.

ex quibus quaestiones omnes enodare possit, ut obveniente, belli aliqua specie, non opus ei sit, responsum ex BARTOLI cortina petere. Quam principiorum intelligentiam, si quis cum solida legum interpetratione et usu coniungit: tunc vero illud nescio quid praeclarum, et singulare in iurisprudentia solet efflorescere.

Equidem pulcherrimam hanc ius tradendi rationem esse paullo difficiliorem, facile largior, et hinc factum existimo, ut ea paucioribus, quam quidem merebatur, placeret. Nam qui eam sequuntur, eis primum perspectas esse oportet iurium rationes, quas nemo facile intellexerit, nisi paullo adcuratiore antiquitatum Romanarum, Philosophiae Stoicae et iuris anteiustinianei notitia instructus. Deinde quum hic conclusiones omnes ad principia sua revocandae sint: non satis feliciter tantum opus adgredietur, nisi qui eam praeterea didicerit artem, quae docet rem universam distribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur, et quae, quibus positis, essent, quaeque non essent consequentia. *Quam facultatem dum summo illi ICto tribuit CICERO (a), ea sola id effectum esse arbitratur,* ut, quum iuris civilis magnus usus apud multos fuerit, ars in solo SER. SULPICIO reperiretur. *Postremo et in melioris aevi ICtorum aeternis operibus eum non mediocriter versatum esse decet, qui hoc capit consilium. Ii enim passim, ex quibus fontibus iura Romanorum promanarint, acute perspexerunt, et explicarunt solide.*

Haec de instituti mei ratione. Etsi autem satis intelligo, me ab istis praesidiis vix mediocriter instructum, longe ab illa ingenii felicitate, quae ad hoc perficiendum requiritur, abesse, iuvit tamen vel periculum facere tam praeclarae exercitationis, si forte alios, rebus omnibus instructiores, commovere, et ad eamdem suscipiendam cogitationem excitare possem. Conatus itaque sum, quam praeclarae ius nostrum cohaereat, specimine aliquo commonstrare, simulque re ipsa refellere eorum opinionem, qui omnia in iurisprudentia fastidiunt, et pleraque, si non absurda et stolida, saltim ἀνακόλουθα, et sui dissimillima esse contendunt; a qua sententia, quo maiores in iure progressus facio, eo magis me quotidie fieri intelligo alienum.

(a) *BRUT*, *cap.* 41.

presente que' assiomi necessari a sciogliere qualsiasi quistione, di guisa che quando gli si offrirà qualche bello ed interessante caso, non gli sia d'uopo, per risolverlo, di consultare l'oracolo di Bartolo. La qual conoscenza di principii congiunta con una solida interpretrazione delle leggi e coll' uso, allora vedesi brillare in giurisprudenza un non so che di grande e di singolare.

Ma siffatta bellissima maniera d'insegnare il dritto, ne convengo, ch' è alquanto malagevole; ecco perchè, a mio credere, abbia avuto meno di seguaci di quel che meritiva. Avvegnachè per coloro che la seguono fa d'uopo che siansi pria impossessati de' motivi de' diversi punti del dritto, non così volentieri comprensibili, senza una conoscenza profonda delle antichità romane, della filosofia stoica e della giurisprudenza anteriore a Giustiniano. Dipoi siccome con siffatto metodo tutte le conseguenze si debbono rannodare a' loro principii, non si può con profitto intraprendere una sì grande opera, senza di aver pria appresa la scienza *che insegna a distribuire in molte parti una materia generale, a penetrarne colle definizioni l'intimo midollo, ad illustrarne l'oscurità coll' interpetrazione, a conoscerne tosto le ambiguità, ed indi distinguerle, finalmente a formarsi un metodo per giudicare il vero ed il falso, e le conseguenze che, con questo o quel dato, debbono o no derivarne.* Siffatta facoltà che CICERONE (1) attribuiva al giureconsulto per eccellenza, *è la sola causa*, a suo parere, *che mentre l'uso del dritto civile era sì comune e diffuso, intanto il solo SERVIO SULPICIO ne possedeva la conoscenza.* Finalmente, allorchè si abbraccia la scienza del dritto, bisogna familiarizzarsi colle immortali opere de' giureconsulti di un secolo migliore. Poichè esaminarono perspicacemente e svilupparono solidamente le sorgenti dalle quali scaturisce la romana giurisprudenza.

Tale è il piano propostomi. Benchè non dissimulo il non essere abbastanza fornito de' menzionati sussidi, l'esser lungi da quella attezza di spirito per eseguire il concepito disegno, pur tutta fiata mi piace tentare sì grande impresa, che potrà servire d'incendivo ad altri, che forniti di ogni sapere, siano per battere felicemente l'intrapreso sentiero. Mi sono dunque sforzato dimostrare, mediante una specie di quadro, quanto fosse coerente il nostro dritto, e nello stesso tempo, per l'effetto medesimo, confutare l'opinione di coloro che nella giurisprudenza ogni cosa li ributta, e sostengono che se tutto non è assurdo e stolto, almeno forma un caos incoerente: quanto più mi avanzo nella conoscenza del dritto tanto più mi sembra irragionevole una siffatta sentenza.

(1) Brut. cap. 41.

Genus dicendi neque artificiosum adhibui (quas phaleras huius generis libellis haud convenire arbitror), neque barbarum, neque diffusum, neque abruptum, et sua brevitate obscurum, probe memor, me cum auditoribus, non cum Evandri matre, loqui, nec umquam in eorum ingressus sententiam, qui ius non posse doceri censent, nisi adhibeatur horridum, incomtum et inficetum quoddam dicendi genus, quo glossatores usos animadvertimus, et nisi scripta ubique redoleant illud pus Accursianum, illam saniem, illud virus, quod optima quaevis ingenia avertit et exanimat.

Denique cum ordinem servavi, quem scopo meo credidi accomodatissimum. Notionibus enim rerum paullo distinctioribus investigatis, inde definitiones elicui, servatis plerumque antiquis, si probae essent, vel novis, si istae haud satisfacerent, constructis. Hinc progressus sum ad axiomata, quo nomine propositiones ex definitionibus ἀμέσως, *fluentes, intelligo. Haec excipiunt corollaria vel consectaria, ita disposita, ut ea, quae ex uno eodemque axiomate fluunt, semper coniugantur. His adscripsi leges potiores, ut adpareret, illa consectaria in libris Iustinianeis omnino reperiri. Saepe et ex pluribus definitionibus inter se comparatis doctrinas quasdam collegi, imitatus geometras, qui eius generis propositiones, si theoreticae sint, theoremata; sin practicae, problemata solent adpellare. Aliquando et scolia inspersi, quibus vel doctrinae paullo difficiliores illustrarentur, vel id aliunde demonstraretur, quod in ipso paragrapho fuerat traditum, vel iuris antiqui a novo discrimen explicaretur. Quum pleraque una veluti serie cohaereant: nolui paragraphorum numerum in singulis titulis abrumpere. Cuius instituti hunc quoque fructum cepi, ut ex quo principio singulae conclusiones fluant, citato per parenthesin paragrapho, eo facilius possem commonstrare. Ut utilitatem harum citationum intelligas, exemplo illam ostendam. Diximus §. 728, arrogatori olim omnes res corporales et incorporales arrogati pleno iure fuisse adquisitas. Si rationem quaeris: eam ostendent paragraphi, quos citavimus, 179 et 472, quia videlicet arrogatio sit modus adquirendi patriam potestatem, et pater veteri iure omnia indistincte per filium adquisiverit. Si porro scire aveas, cur liberi omnia parentibus adquisiverint, rationem reddet citatus ibi §. 136, ubi ostensum, patriam potestatem vere fuisse dominium iuris Quiritium: dominum autem per rem suam adquirere, nemo dubitat. Atqui forsan dubium videbitur, liberos in dominio iuris Quiritium fuisse: sed eximet scrupulum idem paragraphus, ubi liberos ratione patris fuisse res mancipi, demonstravimus. Quis vero dubitet, res posse*

Ho adoprato uno stile non ricercato (nè credo che l' enfasi convenga ad opere di siffatta natura), nè incolto , nè diffuso, nè a piccoli incisi, ed oscuro per brevità, poichè ho ben compreso che parlava a studenti , e non alla madre di Evandro ; nè fui mai dell' avviso di coloro che pretendono che non si possa insegnare il dritto senza adoprare uno stile rozzo, disadorno e ributtante , usato da' glossatori , e se gli scritti non sentono del marciume Accursiano, di quel lezzo e di quel veleno che disgusta e scoraggia i più intrepidi spiriti.

Finalmente ho serbato l' ordine che ho reputato più atto al mio piano. Poichè ho da prima investigato le nozioni più distinte delle cose , indi dò le definizioni , delle quali ho per lo più serbato le antiche, allorchè buone, ne ho coniate delle nuove, quando le stesse non soddisfacevano. Quindi passo agli assiomi, co' quali intendo le proposizioni che derivano immediatamente dalla definizione. Seguono i corollari o conseguenze, disposti di modo che quelli che derivano da un solo e medesimo assioma si riuniscono sempre. Vi ho citato le leggi principali acciò si vegga che siffatte conseguenze rinvengonsi sempre ne' libri giustinianei. Spesso da molte definizioni paragonate tra loro ne ho dedotto alcune dottrine, imitando i geometri che le proposizioni di tal genere denominano teoremi in teorica, problemi in pratica. Vi ho altresì qua e là aggiunte delle note per illustrare i punti più difficili , o per dimostrare in altro modo ciò che si è detto nel paragrafo stesso, o per ispiegare la differenza che passa tra l' antico ed il nuovo dritto. Il tutto esibendo quasi una progressiva serie , non ho voluto sopra ciascun titolo interrompere il numero de' paragrafi , di guisa che siffatto metodo mi dà il vantaggio che posso facilmente indicare il principio da cui ho dedotta ciascuna conseguenza, citando tra parentesi il paragrafo. Per far conoscere l' utilità di queste citazioni ne adduco un esempio. Ho detto § 728 che in un tempo tutt' i beni corporali ed incorporali dell' abrogato acquistavansi di pieno dritto dall' abrogante. Se ne volete la ragione la troverete ne' §§ 179 e 472 da noi citati. La ragione è che l' abrogazione è un mezzo di acquistare la patria potestà , e che nell' antico dritto il padre acquistava indistintamente il tutto pel figlio. Se ora desiderate sapere perchè i figli acquistavano tutto pel padre , ne troverete la ragione al § 136 citato a questo luogo , e nel quale è stabilito che la patria potestà era un vero dominio quiritario , ora nessuno dubita che il padrone non acquistasse la sua cosa. Ma forse dubitarete che i figli siano nel dominio quiritario ; lo scrupolo verrà dileguato dallo stesso paragrafo , nel quale ho dimostrato che i figli , erano in quanto al padre , delle cose patrimoniali. Chi potrà dubitare che le

esse in dominio? Porro mirum videbitur, liberos fuisse res, qnum fuerint homines. Sed et hic in viam te revocabit § 76. seq., *ibi adscriptus, ubi ostendimus, qui nullo statu civili gavisus sit, eum hominem quidem habitum fuisse, sed non personam, ceu ex ipsa definitione personae adparet. Maximam itaque utilitatem ex his citationibns capies, si iis dextere uteris. Ceterum aequitatem tuam, benevole lector, ubi quid peccatum existimabis, spero, id unice precatus, ne, si qua conclusio tibi displiceat, me illico condemnes, nisi simul destruxeris principium, ex quo illam derivavi. Alioquin haud absimilis futurus esses scholastico illi faceto apud Hieroclem, qui domum venditurus, evolsum ex illa lapidem in specimen circumferebat. Non magis enim de huius generis libellis ex una propositione, extra nexum suum positâ, quam de aedibus ex lapide uno pariete evulso, potest judicari. Tu vale; candide lector, et si vitam produxerit Deus, Pandectas etiam, accuratissime dispositas, a me expecta.*

Scripseram haec ante biennium. Iam altera prodit editio, in qua et menda quamplurima sustuli, et numeros omnes, quos turbatos animadverti, restitui; quaedam etiam, quae vel dubia vel obscuriora videbantur, illustravi. Quas curas posteriores uti auspicatas esse iubeat supremum Numen, ex animo precor.

Franequerae e *museo ipsis Kal. Mart.*
CIϽIϽCCXXII.

cose possano essere nel dominio? Sembrerà strano che i figli fossero delle cose, essendo degli uomini. Qui ancora sarai messo per la strada dal § 76 che ho indicato sul precedente, nel quale ho dimostrato che colui che non godeva civilmente di uno stato era bensì risguardato uomo, ma non una persona, come rilevasi dalla stessa definizione della persona. Ricaverai dunque gran frutto da siffatte citazioni, se ne saprai fare ottimo uso. Del rimanente, o benevole lettore, confido molto nella tua equità, allorchè rileverai qualche errore; soltanto ti prego che se qualche conchiusione ti dispiacerà non voler tosto condannarmi, senza pria distruggere il principio d'onde l'ho dedotta. Altrimenti rassomigliarete a quel faceto scolastico presso Hierocle, che, per vendere una casa, ne avea svelto una pietra e la portava per mostra. Avvegnachè de' libri di siffatto genere, non se ne può giudicare da una proposizione distaccata, come non si può rettamente giudicare di uno edificio da una pietra svelta dalla sua parete. Addio, amato lettore, se il datore di ogni bene mi concederà lunghi giorni, attendi le Pandette accuratissimamente ordinate.

Queste cose scriveva due anni addietro. Già comparisce una seconda edizione, nella quale ho corretto molti errori, ed ho ristabilito tutt' i numeri che ho rinvenuto disordinati; ho del pari dilucidati vari punti che mi sembravano dubi od oscuri. Imploro di tutto cuore che il cielo voglia benedire questa nuova diligenza al pari di quella prima.

Franeker il 1.° marzo 1727.

ELEMENTA IURIS

SECUNDUM ORDINEM

ISTITUTIONUM.

PROOEMIUM.

§. 1. *Quum ius Romanum in tantam molem paulatim excrevisset, ut iam Livius* (lib. 3, cap. 34), *illud* immensum aliarum super alias acervatarum legum cumulum, *EUNAPIUS vero* (in Vita Ædesii pag. 92), ἀχθῶν καμήλων πολλῶν, multorum camelorum onus, *adpellare non dubitent: omnino e republicâ videbatur, tam diffusam, ac per tot volumina dispersam iurisprudentiam in unum veluti corpus compingi* (Const. tanta pr. et §. 1, de Confirm. Digest.)

§. 2. *Quamvis vero nec Ciceroni, qui id consilium, teste GELLIO* (lib. 1, cap. 22), *ceperat, nec Cn. Pompeio, quem ISIDORUS* (Orig. lib. 5, cap 1.), *nec denique Iulio Caesari, quem SUETONIUS* (Jul. cap. 44), *de huiusmodi collectione cogitasse ferunt, is labor successerit; felicior tamen ea in re saeculo VI fuit FLAVIUS IUSTINIANUS Imperator.*

§. 3 *Hic obscuro loco natus, adoptatusque ab avunculo Iustino Illirico Imperatore, IUSTINIANI nomen, ipsumque per Orientem imperium accepit, anno saeculi sexti vicesimoseptimo, eique per quadraginta fere annos praefuit. Princeps non quidem a vitiis immunis, quae iusto acrius PROCOPIUS* in Anecdotis *insectatur; nec tamen illiteratus, multoque minus* ἀναλφάβητος (*ut quidem ex depravato loco SUIDAE,* Iustinianum *et* Iustinum *confundentis, perperam colligunt* (a)) *nec ab omni prudentia legislatoria, qualem illa saecula ferebant, destitutus.*

(a) *PROCOPIUS* (Gothic. Lib. III.) *Iustinianum magis in dogmatum, quam reipublicae cura defixum fuisse ait. Theodahatus, et Vitiges apud Cassiodor* (Var. *lib.* 10, *ep.* 9, 22, 31), *eius doctrinam et sapientiam laudant. Alia Vigilii et Eustachii Pontificum testimonia Suidae opponit Baron.* (Annal. Eccl. ad. an. 528), *quum tamen idem sui oblitus eamdem dicam Iustiniano scribat* ad an. 551, *ex merito ideo castigatus a V. C. SCHURZFLEISCHIO* (in Iustiniano orthodoxo §. 12).

ELEMENTI DI DRITTO

SECONDO L' ORDINE

DELL' ISTITUZIONI.

PROEMIO.

§ 1. Il dritto Romano a poco a poco cresciuto a dismisura, che LIVIO (*lib.* 3 *cap.* 34) non dubitò chiamare *immenso ammasso di leggi sopra leggi*, ed EUNAPIO (*nella vita di Edesio*, *pag.* 92) achthos kamêlôn pollôn, *soma di più cameli*; sembrò dell' interesse pubblico, che la giurisprudenza sì diffusa e disseminata in tanti volumi fosse ridotta in un sol corpo (*Cost. tant. pr. et* §. 1, *de Confirm. Digest.*)

§ 2. Benchè un siffatto tentativo non sia riuscito nè a Cicerone che ne avea concepito il disegno secondo GELLIO (*lib.* 1, *cap.* 22), nè a *Gn.* Pompeo secondo ISIDORO (*Orig. lib.* 5, *cap.* 1), e nè in fine a Giulio Cesare secondo SVETONIO (*nella vita di Giulio Cesare cap.* 44) che aveano meditata siffatta collezione; pur nondimeno in ciò fu più felice nel sesto secolo l' Imperatore FLAVIO GIUSTINIANO.

§ 3. Nato di oscura origine, adottato dal zio materno l' Imperatore Giustino Illirico, prese il nome di GIUSTINIANO, e montò sul trono d'oriente nell'anno 27 dal sesto secolo e vi regnò 40 anni circa. Non fu immune da vizi, esagerati però da PROCOPIO ne' suoi *Aneddoti*. Nè fu ignorante, e molto meno *analfabeta* (siccome alcuni vogliono dedurre da un luogo corrotto di SUIDA che confonde *Giustiniano* con *Giustino*) (*a*); nè ignaro della scienza legislativa, che comportava il lume del suo secolo.

(*a*) PROCOPIO (*Gothic lib.* 3) rappresenta Giustiniano come più dato ai dogmi, che agli affari dello stato. Teodato e Vitigete appo Cassiodoro (*Var.*, *Liv.* 10 *ep.* 9, 22, 31,) lodaoo la sua dottrina e la sua sapienza. Baronio (Ann. Eecl. aono 528) oppone a Suida altra testimonianza dei pontefici Vigilio ed Eustazio; mentre, dimentieando ciò ch' egli stesso avea scritto nel 551, fa a Giustiniano un simile rimprovero, per. cui venoe ragionevolmente biasimato dal celebre SCHURZFLESCHIUS (in *Iustiniano Orthodox*, §. 11.)

§. 4. *Res, dum imperavit, praeclaras gessit. Nam et bello cum Persis vario Marte gesto, amissa quaedam recuperavit* (*PROCOP.* in Pers. lib. 2, cap. 19; *AGATH.* lib. 4, extr.) *et Gelimere, Vandalorum rege capto, Africam recepit* (*PROCOP.* Vandal. lib. 2, c. 3.), *et victis Vitige, Totila et Teio, Siciliáque et Magna Italiae parte recepta, finem Gothorum regno in Italiá fecit* (*PROCOP.* Goth. lib. 4, cap. 32) (*a*). *Quos bellicos sudores et triumphos ex parte ipse Imperator memorat* (§. 1, prooem. Inst. lib. 1. pr. et lib. 2, pr. C. de Offic. praef. praeter Afr.)

§. 5. *Nec minus in toga profuturus, legibus paullatim rempublicam armavit, siquidem primum opera usus Triboniani, aliorumque virorum ejus aevi iurisperitorum, constitutiones selectas Principum ab Hadriano ad sua tempora, antea in codices* (1) Gregorianum, Hermogenianum *et* Theodosianum (2) *collectas, in novum Codicem* (*b*) *compilari iussit, quem, ut fere alia omnia, a suo*

(*a*) *Ex quo facile potet, cur in* Prooemio Institutionum Gothici, Vandalici, Africani *cognomina nomini suo adscripserit.* Gothos *enim et* Vandalos *perdomuerat*, Africam *receperat*, *quumque* Alani *a Valia, Visigothorum rege, in Lusitania, anno CHRISTI 418, ad internecionem caesi, Gunderico Vandalorum regi se submisissent* (*IDAD.* Chron. ad h. ann.); *et hinc cum Vandalis postea a Iustiniano essent excisi*, Alanici *quoque cognomine uti coeperat. Pro* Anticus *equidem EZ. SPANHEM.* (de usu et praest. numism. Diss. XII. §. 12. pag. 544 Tom. II.) *legi iubet* Ponticus. *Lazos enim Abasgos et Tzanos ad Pontum Euxinum subegerat. Unde et alibi* (*in* Nov. 43), *pro* Antico *vel* Pontico, *se vocat* Lazicum; *quamvis et* Antium *gens tunc sui terrorem circumtulerit, posteaque et Mauritius Imp. diceretur* Anticus (*Vid. HADR. VALES.* Rer. Franc. XIV. pag. 365.) *Verum recte se habere scripturam, probatum dedimus ad BRISON* (de verbor. quae ad ius pertin. signif. h. v.). Germanicum, Alamannicum, Francicum *frustra se adpellavit, quum non devicisset eas gentes. Quare et eo nomine Iustiniano indignatum esse Theodebertum, Francorum regem, auctor est AGATH.* (lib. 1, pag. 15.)

(1) *Codices vocabantur libri quadrati, et praecipui id nomen dabatur libris, in quos Imperatorum Constitutiones referebantur.* (*Vid. Schulting,* Iurispr. vetus ante Iustinian. pag. 377 et 683)

(2) *Codex Gregorianus, ut conjicere licet, Imperatorum Constitutiones ab Hadriano usque ad Diocletianum et Maximilianum continebat. Codex vero Hermogenianus, etiam alia, quae Gregorius omiserat, Principum rescripta usque ad ann. Chr.* 312 *comprehendisse videtur. Ad utriusque exemplum, ann. Chr.* 438, *Theodosius Iunior a Constantino Magno ad sua tempora novum edidit Codicem ab se dictum Theodosianum, quo sexdecim Imperatorum constitutiones complexus est. Jacob. Gothofred. in* Proleg. ad Cod. Theod. c. 1, *et* seq. *Schulting. ad* Fragm. Cod. Gregor. in princ. *Conf, Heinecc.* Ant. Rom. prooe. n. 18 et seq.

(*b*) *Ita enim proprie adpellatae sunt costitutionum principalium collectiones. Hinc οι των νομοθετων κωδικες idest*, legislatorum codices, *apud ISIDOR. PELUS.* (Epist. IV. 91) *EVAGR.* Hist. Eccl. lib. 12.

§ 4. Delle gloriose imprese fè durante il suo regno. Imperocchè avendo con varia fortuna guerreggiato coi Persiani riacquistò diversi perduti paesi (PROCOPIO *nella guer. de' Persiani lib.* 2 *cap.* 15; AGAZIA, *lib.* 4, *extra*); fatto prigioniero Gelimere, re dei Vandali, ricuperò l'Africa (PROCOPIO, *nella guerra Vandalica lib* 2, *c.* 3); e vinti Vitige, Totila e Tejo riprese la Sicilia e gran parte dell' Italia, e diede fine al regno dei Goti nell' ultima (PROCOPIO, *nella guer. de' Goti lib.* 4, *cap.* 32) (*a*). Delle quali felici gesta militari ne parla lo stesso Giustiniano. (§ 1, *proemio dell' Istit. lib.* 1, *pr. e lib.* 2 *pr. C. de offic. praef. praeter Afr.*)

§ 5. Nè fu meno utile nella toga, consolidando a poco a poco lo stato con delle leggi. Si servì particolarmente di Triboniano ed altri giureconsulti di quell' era per riunire le costituzioni scelte degl' imperatori da Adriano sino ai suoi tempi, raccolte già nei Codici (1) *Gregoriano*, *Ermogeniano* e *Teodosiano* (2); le compilò in un nuovo Codice (*b*), a cui, al pari di altre cose,

---

(*a*) Da ciò si comprende perchè nell' introduzione delle *Instituzioni* si dà il sopranome di *Gotico*, *Vandalico* e di *Africano*. Avvegnachè avea soggiogato i Goti ed i Vandali e ricuperata l' Africa; ed allorchè gli Alani disfatti in Lusitania da Vallia re dei Visigoti, l' anno di Cristo 418, si erano sottomessi a Gunderico re dei Vandali (*Idat. chron.* di quest' anno) furono insieme con questi tagliati a pezzi da Giustiniano, d' onde prese altresì il cognome d' *Alanico*. In vece del vocabolo *Antico*, *EZ. SPANHEM* (*de usu et pr. numism. Dissert.* 12, § 12 p. 544, *tom.* 2) vuole che debbasi leggere *Pontico*, perchè aveva soggiogato i Lazi, gli Abasgi ed i Tzadi nel ponte Eusino; per cui in altri luoghi (*Novella* 43) in vece di *Antico* o *Pontico* si chiama *Lazico*: benchè gli Anzi avessero da per tutto diffuso il terrore del loro nome, pure l' imperatore Maurizio prese il nome di *Antico* (ved. ADRIANO VALES, *Rer.Fr.* 14, p. 365). Ma il passo n' è corrotto come ho provato in BRISSON (*de Verb. quae ad jus pertinent, signif.* h. v.). A torto si denominò *Germanico*, *Alemanico*, *Francico*, perchè non avea mai soggiogate quelle nazioni. Per siffatto motivo Teodobert re dei Franchi era indisposto contro Giustiniano al dir d' AGAZIA (*lib.* 1. p. 15).

(1) Dicevansi Codici de' libri quadrati, e specialmente davasi tal nome a' libri, ne' quali riferivansi le Costituzioni de' principi (Veg. Schulting, *Iurispr. vetus ante Iustinian.* p. 377 e 683.).

(2) Il Codice Gregoriano, come si può conietturare, conteneva le costituzioni da Adriano sino a Diocleziano e Massimiliano. Il Codice poi Ermogeniano, oltre le altre cose omesse da Gregorio, sembra che contenesse i rescritti de' principi sino all' anno di Cristo 321. A loro imitazione, nell' anno di Cristo 438, Teodosio il giovine publicò un nuovo Codice dà Costantino il grande fino a' suoi tempi, che dal suo nome intitolò *Teodosiano*, nel quale furono racchiuse le costituzioni di sedici imperadori. (Giacomo Gothofredo in *Proleg. ad Cod. Theod. c.*, e segu. Schulting, ad *Fragm. Cod. Gregor. in princ.* Conf. Heinecc. *Ant. Rom.* proem. n. 18. e segu.)

(*b*) Tale fu la denominazione che ricevcrono le Collezioni delle Costituzioni dei principi. D' onde l' espressione *oi tón nomothetôn kodikes Codice de' legislatori* presso ISIDORO PELUSIOTA (*ep.* 4, 91), EVAGR. (*Hist. Eccl. l.*, 12).

nomine ***IUSTINIANEUM*** *vocavit, ediditque* 7 *Id. April. anno* 529 (Const. summa reip. §. 3, 4, 5, de Iustin. Cod. confirm.)

§. 6. *Deinde sequente anno ad immensa veteris prudentiae volumina* (*a*), *quorum duo millia erant, e tricies centenis millibus versuum composita* (L. 2, §. 1, C. de vet. iur. enucl.) *curam suam extendit, ex iisque per XVII. viros conficiendas curavit* ***PANDECTAS***, *seu* ***DIGESTA***, (3) *pubblicata demum XVII. Kal. Ian. anni* 533, (L. 2, C. de vet. iur enucl. *PAULL. DIAC.* L. 1, c. 251.)

§. 7. *Antequam Pandectae conficerentur, anno* 530. *Lampadio et Oreste coss.; et duobus insequentibus, Iustinianus edidit. L.* ***DECISIONES***, *quibus varios iuris articulos, ob diversas iureconsultorum sectas* (*b*) *perquam ambiguos* (L. penult. C. de necess. serv. her. inst.) *operâ potissimum Triboniani* (§. 3, Inst. de libert.) *definivit. Haec deinde in Codicem repetitae praelectionis migrarunt, unde eas collegerunt, et luculentis commentariis illustrarunt Em.* ***MERILLIUS*** *et Io.* ***STRAUCHIUS***.

§. 8. *Hinc porro* ***INSTITUTIONES*** *ex veterum iurecon-*

(*a*) *Nec tamen Pandectae collectae sunt ex iurisconsultorum antiquiorum scriptis, sed ex eorum potissimum, qui ab Hadriani temporibus floruerunt, ut Salvii Iuliani, Papiniani, Ulpiani, Pauli, Marcelli utiorumque. Caussa in promptu est. Ab Hadriani enim temporibus per edictum perpetuum et Principum constitutiones ita immutata fuerat iurisprudentia universa, ut nihil utilitatis redundaturum fuisset ad remp. si ex P. Mucio Scaevola, Manilio Bruto, aliisque, qui liberam viderant remp. excerpta dari iussisset Iustinianus* (*Vid. DODVVEL*, Praelct. Cambden, VIII. p. 319.). *Obiter moneo* ***IURISPRUDENTIAM MEDIAM***, *cuius mentio fit* (§. 3 Inst. de legit.agnat. success.) *ab eò tempore, quo praetores ex edictis perpetuis ius dicere lege Cornelia iussi, id est, ab a. v. c.* 559. *esse inchoandam.* ***NOVA*** *enim, cui cit. §. Inst. opponitur mediae non aliunde, quam ab Hadriani temporibus arcessenda videtur; reliqua omnia, quae ante Hadrianum costituta sunt iura ad* ***ANTIQUAM*** *pertinent* (*Conf.* Histor. edictor. et edict. perpetui, Lib. II. c. 1 e 2)

(3) *Pandectae dicuntur a* πᾶν, *omne, et* δέχομαι, recipio, *quod omnes selectas receptasque prudentum sententias continent. De huius vocabuli graeci genere in utramque partem disputant viri doctissimi: revera tamen nomen est masculini generis, quamvis vulgo Pandectas in genere, foeminino dicamus, ut ipse observat Auctor* (*in Recit. prooem.* §. 6, n. 2.) *Digesta a dirigendo dictas. Vid.* tres Constitutiones C. de veter. iur. enucl.

(*b*) *Sectae a iurisconsultis celeberrimis, Labeone et Capitone, duobus pacis decoribus, natae* (*L.* 2, §. 7, D. de orig. iur.). *A Capitone descendunt Sabinus, unde* Sabiniani, *et C. Cassius Longinus, unde* Cassiani. *Labeonis sequaces sunt Nerva, Proculus, unde* Proculeiani, *et Pegasus, unde* Pegasiasiani (d. l. 2, §. 47 *D. de* orig. iur. *De his sectis plura notabimus ad Pandectas* (Part. *l.* §. 58. seq.)

diede il nome di GIUSTINIANEO, e lo publicò a' 7 degl' idi d'Aprile, l'anno 529 (*Const. summa reip.* § 3, 4, 5, *de Iustin. Cod. confirm.*)

§ 6. Nel seguente anno estese la sua attenzione agl' immensi volumi (*a*) dell' antica giurisprudenza, dei quali n' esistevano due mila, contenente 300, 000 versi (*L.* 2. §. 1, *C. de vet. jur. enucl*). Dagli stessi fece da 17 giuriconsulti comporre le PANDETTE o DIGESTO, (3) publicate ai 17 delle calende di Gennaro, l'anno 533 (*Lib.* 2, *C. de vet. iur. enucl.* PAOLO DIAC. (*lib.* 1, *c.*251).

§ 7. Pria che le Pandette fossero terminate, l'anno 530 essendò consoli Lampadio ed Oreste, e ne' due anni seguenti, Giustiniano diede, specialmente per opera di Triboniano (*L. penult. C. de necess. serv. her. inst.*), 50 DECISIONI colle quali fissò diversi punti di dritto intrigatissimi per le varie sette (*b*) dei giureconsulti (§ 3, *Inst. de libert.*). Queste decisioni vennero inserite nel Codice di seconda edizione, d' onde furono raccolte ed illustrate con eccellenti commentari da EM. MERILLO e GIOV. STRAUCHIUS.

§ 8. In appresso cercò di di comporre le ISTITUZIONI, rica-

(*a*) Le Pandette però non furono raccolte dai scritti dei più antichi giuriconsulti, ma da coloro che fiorirono ai tempi d' Adriano, tali che SALVIO GIULIANO, PAPINIANO, ULPIANO, PAOLO, MARCELLO ed altri. La ragione n'è patente. Imperocchè dopo Adriano, l' *Editto perpetuo* e le *Costituzioni de' principi* avevano siffattamente cambiato l'aspetto dell' antica giurisprudenza, che niun utile ne sarebbe risultato, se Giustiniano avesse ordinato di fare degli estratti dagli scritti di MUZIO SCEVOLA, MANILIO BRUTO ed altri che erano vissuti nel vigore della republica (Veg. DODWELL. *Praelect. Cambden.* 8, p. 319). Osserviamo di passaggio che la GIURISPRUDENZA MEDIA, di cui si fa menzione negl' Instituti (§. 3, *de legit. agnator. succ.*) deve incominciare da quell' epoca in cui i pretori furono obligati, mediante la legge Cornelia, di rendere giustizia secondo degli editti perpetui, cioè l'anno di Roma 585; poichè la NUOVA GIURISPRUDENZA, cui s'oppone la MEDIA, nel § citato, non incomincia che dal secolo d' Adriano. Tutto ciò ch' è stato stabilito prima di tal' epoca appartiene all'ANTICA GIURISPRUDENZA (*Corfer. histor. edictor.* et *Edicti perpet.* lib, 2, cap. 1 e 2.)

(3) Diconsi Pandette *παν*, *tutto* e *δεχομαι contengo*, perchè contengono tutte le scelte e ricevute sentenze de' prudenti. Del genere di queato vocabolo greco evvi disputa tra dottissimi uomini: in realtà è nome di genere mascolino, benchè comunemente diciamo Pandette in genere femminile come osserva lo stesso nostro autore (nelle *Recit. Proœm.* §. 6, n. 2). Dette Digesta a *dirigendo*, cioè digerire (Veg. *tres Constitutiones de veter. jur. enucl.*)

(*b*) Tali sette nacquero da due celeberrimi giuriconsulti *Labeone* e *Capitone*, i due ornamenti di Roma in tempo di pace (L. 2 § 7, D. *de orig. juris*). Da Capitone discesero Sabino, d' onde i seguaci vennero detti Sabiniani, e Cajo Cassio Longino, d' onde i Cassiani. I seguaci di Labeone sono Nerva e Proculo d' onde i *Proculejani*, e Pegaso d' onde i *Pegasiani* (D. l. 2, § 47, D. *de orig. jur*). Di siffatte sette abbastanza ne abbiamo parlato nelle Pandette (*P. l.* § 58 e *sequ.*)

sultorum enchiridiis, et maxime ex Caji Institutionibus, Triboniani Dorothei et Theophili opera conscribendas curavit, ut essent totius legitimae (a) *scientiae prima elementa* (§. 3, 4, 6, Inst. prooem.)

§ 9. *Qui libellus, utut post Pandectas compositus, ante eas tamen publicatus est XI. Kal. Dec. anni 533. Iustiniano A. tertium consule* (§. 7 prooem) *At plenissimum illud constitutionum Iustinianearum robur, de quo* §. 6. *prooem. una cum Pandectis demum obtinuit ex III. Kal. Ian. anni 533* (L. 2, §. 23. C. de. vet. iur enucl.)

§. 10. *Quum paulo post editas Pandectas et Institutiones deprehenderet Imperator, non paucas superesse Codicis Iustinianei et Pandectarum dissensiones, e re visum est, Codicem illum retexi novumque adornari, qui ideo vocatur CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS, abolito Iustinianeo* (b), *editus publicatusque XVI Kal. Dec. an.* 334. Iustiniano A. *quartum et* Paullino *coss.* (Const. cordi nobis §. 3, 4, 5, 6, de emend. Cod. Iustin.)

§. 11. *Sequutae sunt postremo hanc compilationem variae constitutiones* νεαραὶ *seu NOVELLAE, graece maximam partem conscriptae* (c), (*AGATH.* Lib. V. p. 145; *Jo. MALALA* p. 165.). *Quas licet se collecturum promittat Iustinianus* (dict. Const. cordi. nobis §. 4, de emend. Cod. Iustin.), *fidem tamen, quantum constat, haud liberavit.*

§. 12. *Quae enim hodie sub titulo* Novem Collationum *extant Novellae, eae non multo post Iustiniani tempora, et ante Gregorium M. Papam, ab homine semibarbaro collectae, et* κατὰ πόδα *ad verbum quidem, sed parum purae versae sunt* (*CUJAC.* Obs. lib. 8, cap. 40.) *Sola tamen illa semibarbara versio authentica est. Textum enim graecum ab Haloandro, Scrimgero, Lud. Russardo, Henr. Agylaeo, aliisque restitutum, nec non versionem a Iuliano, patricio et antecessore, circa annum Christianae aerae 570 cultiore stilo adornatam, et e bibliotheca Pi-*

(a) *Qui Theophilus non diversus est ab eo, cuius graec. Institutionum exstat parafrasis. CAR. ANNIB. FABROTTUS dissentit, et observat tamen, Theophilum a Thalelaeo citari. Thalelaeus autem procul dubio fuit Iustiniano* σύγχρονος, *coaevus.* (*Vid.* Praef. nostr. ad *VINN.* Comment. in Instit.)

(b) *Hinc saepe in Institutionibus laudantur constitutiones, quas frustra quaesiveris in Codice. Exempla videris* §. 20 Inst. de legat. §. 27 eod. §. 7 de legit. aguat. succes. pr. de bon. poss. §. 24 et 33 de action.

(c) *Maximam partem dicimus. Quaedam enim Latine editae videntur* (*Vid.* Nov. LXVI. c. 1, §. 2.), *veluti IX. XI. XXIII. LXIII CXLIII CL. Quamvis enim et in his Graecismos repererit IO. FRIDER. HOMBERGK.* (praef. nov. vers. Novell.) *id tamen facile contingere potuit, aevo Iustinianeo et Costantinopoli scribentibus.*

vate per opera di Triboniano, Doroteo e Teofilo (*a*) dai manuali degli antichi giuriconsulti, in particolare dalle Istituzioni di Cajo, per servire di primi elementi a tutta la scienza del dritto (§. 3, 4, 6 *del premio dell' Istituzioni*).

§ 9. Siffatto libretto, benchè composto dopo le Pandette, fu nondimeno publicato prima, l' undici delle calende di dicembre, l' anno 533, sotto il terzo consolato di Giustiniano (§. 6 *Proem.*); ma non ebbe quella pienissima forza di legge, di cui parla il proemio, che contemporaneamente alle Pandette, il 3 delle calende di gennaro del 533 (*l.* 2, § 23 *C. de vet. iur. enucl.*).

§ 10. Pubblicate le Pandette e le Istituzioni l' imperatore si avvide di non poche contraddizioni che passavano tra 'l Codice giustinianeo e le Pandette, stimò opportuno di rifondere questo Codice e rifarlo di nuovo, detto per ciò CODICE DI SECONDA EDIZIONE, il quale, abolito il Codice giustinianeo (*b*), fu publicato il 16 delle calende di dicembre, l' anno 534, sotto il quarto consolato di Giustiniano ed il primo di Paolino (*Const. cordi nobis* §. 3, 4, 5, 6, *de emend. Cod. Iustin.*).

§ 11. In fine venne siffatta compilazione seguita da varie nuove Costituzioni, dette NOVELLE, per la maggior parte (*c*) scritte in greco (AGAZIA *lib. V. p.* 145; *Gior.* MALALA *p.* 165.); e benchè Giustiniano ne abbia promesso una raccolta (*dict. const. cordi nobis* § 4, *de emand. Cod. Iust.*) pure sembra, per quanto consta, che non l' abbia eseguito.

§ 12. Le Novelle, che ora abbiamo sotto il titolo delle *Nove Collazioni*, furono raccolte poco dopo di Giustiniano, e prima del papa Gregorio il Grande, da un'uomo semi-barbaro, tradotte con poca purezza e letteralmente (CUJACIO, *osserv. lib.* 8, *c.* 40). Pur tuttavia quella sola versione semi-barbara è autentica. Imperocchè il testo greco ristabilito da Oleandro, Scrimger, Russard, Enr. Agileo ed altri, non che la versione con alquanto di eleganza fatta da Giuliano, patrizio e professore di dritto nell' anno 570 in circa di G.C., e pubblicata dalla biblioteca de' Pithou

(*a*) Questo Teofilo non differisce da quello di cui abbiamo una parafisi greca dell Instituzioni. CARL. ANN. FABROT ne dissente, ed osserva che Teofilo è citato da Taleleo. Or questo Taleleo fu contemporaneo di Giustiniano (*Veggasi la mia prefazione* in VINNIO *premessa al suo Commentario sopra gl' Instituti di Giustiniano*).

(*b*) Quindi nelle Istituzioni sono spesso citate delle costituzioni, che indarno si cercano nel Codice. Se ne possono vedere degli esempj (nel § 20, *Inst. de Leg.* § 27, cod. § 7, *de leg. agn. succ. pr. de bon. poss.* § 24 et 33. *de act.*)

(*c*) Diciamo per la maggior parte, poichè alcune, sembrano di essere state date in latino (Ved. La *Novella* 66. ch. 1, § 2; non che le *Novelle* 9, 11, 23, 62, 143, 150.). Imperocchè vi si è rinvenuto dell' *ellenismo* (frasi greca) da FEDERIGO HOMBERG (*nov. vers. Nov.*); ciò ha potuto facilmente avvenire nel tempo di Giustiniano ed agli scrittori di Costantinopoli.

thaeorum editam (*a*), *immo et elegantiorem, quae tempore Irnerii extitisse fertur, versionem forum haud recepit, quia eam non recipit Irnerius*, (*GUID. PANCIROL.* de clar. leg. intepret. lib. 2, cap. 13, p. m. 120.)

§. 13. *Ex Novellis istis et constitutionibus quibusdam Fridericorum, Impp. Germ. ab Irnerio, uti videtur, aliisque quibusdam iurisprudentiae restauratoribus, decerptae sunt AUTHENTICAE, id est summaria novellarum constitutionum, legibus Codicis, quibus derogant, subiuncta* (*AMPL. BYNKERSH.* de auct. Authent. c. 3, pag. 14 seq.)

§. 14. *Praeterea ab Hugolino a Porta Ravennate, iureconsulto Bononiensi, uti GUID. PANCIROL* (de clar. leg. interpret. lib. 2, c. 16, pag. 130) *et SCHILTER* (in praef. ad *MINCUCC.* §. 4) *ex Odofredo ostendunt, Novellis sub titulo decimae collationis additi sunt LIBRI FEUDORUM, medio circiter saeculo XII a Gerardo Nigro et Oberto ab Orto, coss. Mediolanensibus compilati. Unde et hi unà cum Corpore Iuris recepti in forum, iuris communis feudalis auctoritatem obtinuerunt, salvis tamen moribus cuiusque gentis patriis. Conferenda hic omnino* celeb. *THOMASII* Selecta feudalia.

§. 15. *Quum ergo sensim in hanc molem excreverit ius Iustinianeum* (§. 5 seq.), *et lex posterior deroget priori* (L. ult. D. de const. princ.): *consequens est*, 1. *ut Codicis Gregoriani, Hermogeniani et Theodosiani, quae exstant, fragmenta, quamvis ad iuris interpretationem utilissima, tamen nullius in foro auctoritatis sint, nec sine falsi crimine ad decisionem caussarum citentur* (L. 2, §. 19, C. de. vet. iur. enucl.) 2. *Ut novellae derogent libris omnibus, quia postremo prodierunt* (§. 11). 3. *Ut Codex deroget Institutionibus et Pandectis, quippe utriusque posterior* (§. 10). 4. *Ut Institutiones et Pandactae, quae ab eodem tempore robur suum obtinuerunt* (§. 9.), *eiusdem auctoritatis sint, et neutrae alteris derogent* (*b*).

§. 16. *Quia deinde privatus non condit leges: consequens est*, 5. *ut Autenthicae, quippe a privatis confectae* (§. 13), *non polleant auctoritate legum, nisi quatenus cum Novellis, ex*

(*a*) Bas. 1567, et Paris. 1689. fol.

(*b*) *Quia tamen in quibusdam pugnant, observandae sunt regulae*: *I.* Institutiones cedunt Pandenctis, tamquam auctoritatibus suis, quatenus ex his descriptae sunt. *Hinc. e. c.* lex. 7 §. 7, D. de adquir. rer. dom. *merito prefertur* §. 25 Instit. de rer. divis. II. Pandectae cedunt Institutionibus, quoties his novationem ex instituto fieri adparet. *Hinc. e. c.* §. 7. Inst. ex quib. caus. manum. *merito praefertur legi* 9 et legi 11 D. de manumiss. vind. (*Vid. HUBER.* praelect. ad Inst. prooem §. 10.)

(*a*), ed un' altra più elegante, che dicesi di esser comparsa ai tempi d' Irnerio, non furono accolte nel foro, perchè dal prefato Irnerio non approvate (GUID. PANCIROLO. *De' rinomati intorpetri delle leggi lib.* 2 *cap.* 13 *p. m.* 120.).

§ 13. Da queste Novelle e d' alcune costituzioni dei Federici, imperatori d' Alemagna, Irnerio ed altri ristoratori dell' antica giurisprudenza, per quanto sembra, hanno attinto le AUTENTICHE, cioè i sommarii delle Costituzioni Novelle messe a fronte delle leggi del Codice, alle quali derogano (AMPL. BYNKERSH., *de auct. Authent. c.* 3 *p.* 14 *e segu.*)

§ 14. Inoltre Ugolino della Porta di Ravenna, giureconsulto Bolognese, siccome GUIDONE PANCIROLO (*op. cit. lib.* 2, *c.* 16 *p.* 130) e SCHILTER (*nella pref. a* MINCUCC. §. 4.) dimostrano citando Odofredo, ha aggiunto alle Novelle, sotto il titolo di decima *Collezione*, i LIBRI DE' FEUDI, compilati circa la metà del 12.° secolo dal vescovo Fileberto, da Girardo Nigro e da Oberto dall' Orto, consoli Milanesi. Ricevuti ancora essi nel foro contemporaneamente al corpo del dritto ottennero l' autorità di dritto Comune-Feudale, salvo rimanendo le consuetudini di ciascun paese. (Veggasi *Selecta Feudalia* del cel. THOMASIUS, e la nostra istoria del dritto Romano).

§ 15. Il dritto Giustiniano a poco a poco cresciuto in sì immensa mole (§ 5, e segu.), e le ultime leggi derogando alle prime (*L. ult. D. de const princ.*): ne segue 1. che i Frammenti che esistano del Codice *Gregoriano*, *Ermogeniano* e *Teodosiano*, benchè utilissimi per l' interpetrazione del dritto, pure non hanno forza di legge nel foro, nè si possono citare in giudizio per la decisione delle cause sotto pena di falso (*L.* 2 § 19 *C. de vet. jur. enucl.*); 2.° che le *Novelle* derogano a tutte le altre collezioni, perchè pubblicate le ultime (§ 11); 3.° che il Codice deroga alle Istituzioni ed alle Pandette, perchè posteriore ad entrambi (§ 10); 4.° che le Istituzioni e le Pandette che riceverono contemporaneamente vigore di legge (§ 9), hanno la stessa autorità, di modo che non si derogano tra loro. (*b*)

§ 16. Siccome il particolare non ha l' autorità di fare leggi: ne segue, 5.° che le Autentiche, composte da particolari (§ 13), non han forza di legge, a meno che non sieno con-

(*a*) Basilea, 1567 e Parigi, 1589, in fogl.

(*b*) Intanto, poichè le disposizioni de' predetti libri su taluni punti sono in opposizione, bisogna osservare le seguenti regole: 1.° Le Istituzioni *cedono alle Pandette*, *come al di loro testo originale*, in quanto che sono state dalle stesse tratte. Con ragione, per esempio, *la legge* 7, § 7 *de D. acq. rerum dom.* è preferita alla § 25 dell' Istituzioni *de rerum div.*; 2.° *le Pandette cedono all' Istituzioni tutte le volte* che sembra aversi colle stesse voluto fare qualche innovazione. Così per esempio, § 7, *inst. ex quibus caus. man.* è preferito con ragione alla legge 9 e a quella 11, D. *de manum vind.* (Veggasi HUBERO, *Prael. ad inst. prooem* § 10).

quibus decerptae sunt, conveniunt (*a*) (*RITTERS*. Promul. error. Irner. *WISSENBACH*. Syll. error. Irner.)

§. 17. *Quia denique Iustiniano, qui Orienti praefuit* (§. 3), *pars maxime Europae in qua hodie ius Romanum viget, numquam paruit: consequens est*, 6 *ut ius Iustinianeum hodie obliget, quatenus receptum*. 7 *Ut illi leges et statuta, nec non mores patrii singularum civitatum et gentium praeferantur*. 8. *Ut* Novellae Leonis, *quamvis cum iure iustinianeo edi soleant, nec non* Edicta Iustiniani. *XIII et constitutiones quaedam, a Iac. Cuiacio, Contio aliisque viris doctis restitutae, contra ius Iustinianeum non valeant* (*CUIAC*. Obs. lib. 17, c. 30.)

(*a*) *Saepe autem non conveniunt. Exempla vide in* Auth. Bona damnatorum C. de bon. proscript. Auth. Hoc ita C. de duob. reis stip. et promitt. Auth. Sed hodie C. de offic. divers. judic. *quas si contuleris cum auctoritatibus suis, discrimen statim in oculos incurret.*

formi alle Novelle d'onde sono tratte (RITTERSH , *promulg. error. Irner.* WISSENB. *Syll. error. Irner.*) (*a*).

§ 17. Finalmente, dal che Giustiniano signore dell'Oriente (§ 3) non ha giammai imparato nella maggior parte di Europa, ove il dritto Romano è attualmente in vigore, ne segue, 6.° che tal dritto non è obbligatorio, che in quanto è ricevuto; 7.° che è subordinato alle leggi, agli statuti e per fino alle consuetudini patrie di ciascun paese; 8.° che le Novelle dell'imperador Leone, benchè sogliono inserirsi nel corpo del dritto giustinianeo insieme a tredici editti di Giustiniano e ad altre Costituzioni ristabilite da CUJACIO, da CONZIO e da altri giureconsulti, pure non hanno alcun valore in cospetto del corpo del dritto giustinianeo. (CUJAC *Obs. lib.* 17, *c.* 30.)

(*a*) Spesse volte tra loro discordano. Vedetene degli esempi nell'Autentica *Bona damnatorum C. de bon. praescr.* Nell'Autent. *Ex causa C. de liberis praescrip. et exher.* Autent. *Hoc ita C. de off. diver. judic*, confrontate colle Novelle dalle quali son tratte, tosto se ne conosce la discrepanza.

LIBER PRIMUS.

DE PERSONIS.

TITULUS I.

De Iustitia et iure.

§. 18. *Finis universi iuris est IUSTITIA, cuius se sacerdotes profitentur iurecousulti* (*a*) L. 1, §. 1 D. h t.

§. 19. *IUSTITIA ex principiis philosophiae moralis Stoicae* (*b*) est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (pr. Inst. h. t. L. 10, pr. D. h. t.)

§. 20. *Quandoquidem itaque justitia ius suum cuique tribuit* (§. 19.), *homines vero alia iure perfecto, alia iure imperfetto, a se invicem exigere possunt, vel, uti PAULLUS* (L. 17. §. 3 D. commod. vel contra), *loquitur*, quaedam voluntatis, et officii magis quam necessitatis sunt: *iustitia recto in EXPLETRICEM et ATTRIBUTRICEM divitur a GROTIO* (de. jure belli et pacis. lib. 1. c. 1 §. 8.)

§. 21. *EXPLETRIX est, quae cuique tribuit, quod iure perfecto debetur; ATTRIBUTRIX, quae cuique tribuit, quod voluntatis, et officii magis est, quam necessitatis* (§. 20.).

§. 22. *Qui iustitium attributricem colit*, honeste vivit. *Qui expletricem*, is neminem laedit, et suum cuique tribuit. *Unde habes tria iuris praecepta* (*c*), *de quibus in Institutionibus* (§. 3 Inst. *et* L. 10. § 1 D. h. t.)

§. 23. *Quâ divisione iustitiae* (§. 20, 21.) *quum multo obscurior sit altera iu* universalem et particularem, *de eâ aeque, ac de tertiâ in* commutativam, et distributivam *commodior ad Digesta erit dicendi locus.*

(*a*) *Æmulati philosophos, in primis Stoicos, quorum praeceptis plerique veteres ICti imbuti fuerunt. Vid. EM. MERILL* (Obs. lib. I, c. 8 et seq.) *EV. OTTONIS*, (Orat. de philos. Stoica vet. Ictor.). *Nam et Philosophi olim se vocare solebant της ἀρετῆς προσωπας, νομους ιερεις* virtutis antistites et solos sacerdotes (*DIOG. LAERT.* prooem. *MERILL.* Obs. L. I, c. 11.).

(*b*) *Stoicis enim, quibus addicti veteres ICti* (§. 18), *omnis virtus consistere dicebatur in constantiâ, vel constanti ac perpetuo animi proposito* (*CIC.* Paradox. III. cap. 1; *SENECA* Epist. LXVI. CXX. *Conf. GER. NOODT*, Probabil. lib. III. c. 1.). *Ast in civitate is etiam habetur vir iustus, qui externas actiones ad legem componit, quamvis non accedat constans illa ac perpetua voluntas. Cogitationis enim poenam in foro nemo patitur* (L. 18. *D. de* poen.)

(*c*) *Quomodo eadem cum virtutibus cardinalibus Stoicorum concilianda sint, docet celeberrimus THOMAS* (Not ad Inst. h. t.)

LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE.

TITOLO I.

Della giustizia e del dritto.

§ 18. Lo scopo di ogni dritto è la giustizia, i cui ministri sono i giureconsulti (*a*) (*L.* 1 § 1 *D. h. t.*).

§ 19. La *giustizia*, secondo i principii della filosofia stoica (*b*), *è la costante ed eterna volontà di rispettare i dritti di ciascuno* (*Pr. Inst. h. t. L.* 10, *pr. D. h. t.*).

§ 20. Poichè la giustizia rispetta i dritti di ciascuno (§ 19), e gli uomini possono reciprocamente esigere alcune cose in virtù di un *dritto perfetto*, ed altre di uno *imperfetto*, o, come si esprime PAOLO (*L.* 17 § 3 *D. comm. vel contra*), *vi sono alcuni doveri più di volontà e di buoni uffizi, che di necessità*; così saggiamente viene la giustizia divisa da GROZIO in ESPLETRICE ed ATTRIBUTRICE (*Della pace e della guerra*, *Lib.* 1 *c.* 1 § 8.).

§ 21 L' ESPLETRICE è quella che dà a ciascuno ciò che gli è dovuto per dritto perfetto; l'ATTRIBUTRICE quella ch' è di volontà ed officiosità, anzi che di necessità (§ 20).

§ 22. Colui che coltiva l'attribuotrice *vive onestamente*; chi l'espletrice *non offende alcuno*, *e dà a ciascuno ciò che gli è dovuto.* Da ciò i tre precetti del dritto (*c*) di cui si parla nelle Istituzioni (§ 3 *Inst. h. t.*) e nelle Pandette (*L.* 10 § 1 *D. h. t.*)

§ 23. Evvi un' altra divisione della giustizia (§ 20, 21) molto più oscura, in *universale* e *particolare*; una terza egualmente in *commutativa* e *distributiva*, di cui si parlerà con più opportunità nelle Pandette.

(*a*) Imitarono i filosofi, ed in particolare gli Stoici, i cui principii seguivano gli antichi giureconsulti. Vedete EDEM. MERILL. (*Obs. lib.* 1 *cap.* 8 *e segu.*). ed EVERARDO OTTONE (*Orat. de philos. stoica vet. jct.*). Imperocchè anche i filosofi un tempo solevansi chiamare *tês aretês proestòtas kai monous iereis*, *i ministri ed i soli pontefici della virtù.* DIOGINE LAERZIO, *proem.*, MERILLO, *Obs. L.* 1, *c.* 11.).

(*b*) Secondo gli Stoici, i cui dogmi seguivano gli antichi giureconsulti (§ 18), ogni virtù consisteva nella costanza, o in un fermo proponimento. (CIC. *Parad.* 3 *cap.* 3., SENECA, *Epist.* 66, 120. e veggasi anche GERARDO NOODT *Probab. lib.* 3, *cap.* 1.). Ma nella società civile si ha per giusto chiunque conforma alla legge tutte le sue azioni *esterne*, benchè non vi concorra questa costante *e* perpetua volontà. Imperocchè nel foro niuno è punito dei suoi pensieri (L. 18 D. *de paen.*).

(*c*) TOMASSIO insegnò in che modo si debbono conciliare siffatti precetti colle virtù cardinali degli Stoici (*Not. ad Inst.* h. t.)

§. 24. *A iustitiâ (non quidem grammatice, sed moraliter) IUS* (L. 1. pr. D. h. t.), *a iure IURISPRUDENTIA dicitur.*

§. 25. *IURISPRUDENTIA veteribus* est rerum divinarum, et humanarum notitia, iusti iniustique scientia (§. 1 Inst. h. t. l. 10. §. 1 D. h. t.). *Cuius definitionis priora verba alias ad definitionem philosophiae pertinent* (*SENEC* epist 89.). *Adeoque sensus est, iurisprudentiam esse* philosophiam, quae in iusti atque iniusti scientiâ consisit (*a*).

§. 26. *Concinnius tamen definiri potest, quod sit* habitus practicus lege recte interpretandi, adplicandique rite quibusvis speciebus obvenientibus.

§. 27. *Interpres non ad verba tantum legum, sed et ad earum vim et potestatem respicit* (L. 17. D. de legib.). *Qui enim leges, quas memoriâ tenet, non intelligit, LEGULEIUS vocatur a CICERONE* (de Orat. lib. 1 c. 55.).

§. 28. *Vis et potestas legum ex ratione earum perspicitur, quae, si latius patet verbis, interpretationis EXTENSIVÆ; si verbis angustior est, RESTRICTIVAE; si cum verbis pari passu ambulat, DECLARATIVAE fundamentum habetur.*

§. 29. *Leges interpretatione explicatae adplicantur a ICto factis vel speciebus obvenientibus* (§. 26.), *adeoque ille* legum et consuetudinum earum, quibus privati in civitate utuntur, et ad *RESPONDENDUM*, et ad *AGENDUM*, et ad *CAVENDUM* (*adde et* ad judicandum) peritus esse debet, *iudice CICERONE* (de Orat. lib. 1 c. 48.). *Qui ergo nullâ accuratiore iuris notitiâ imbutus, cruda studia in forum propellit, evertendisque aliorum fortunis quaestum facit, RABULA vocatur ab eodem CICERONE* (ibid. c. 55.).

§. 30. *Quum vero iurisprudentia in interpretandis adplicandisque legibus versetur* (§. 26.), *leges autem vel de* statu publico, *vel de* privatorum negotiis *ferantur, ius recte dividitur in PUBLICUM et PRIVATUM, quae et* duae juris positiones (*b*) *vocantur* (§. 4 Inst. lib. 1. §. 2. D. h. t.)

§. 31. *PUBLICUM* de statu iuribusque rerum publicarum, (*vel de imperantium ac civium nexu*), praecipit; *PRIVATUM*

(*a*) *ICtis enim perpetua erat aemulatio cum philosophis* ἀπράκτοις, *ignavis qui solâ barbâ et perâ id nomen tuebantur. Quemadmodum ergo ICtos* veram, non simulatam philosophiam affectare, *dicit ULPIANUS* (L. 1. §. 1 D. h. t.), *ita ab eodem iurisprudentiam philosophiae definitione exornari minime mirandum.*

(*b*) *Positio,* τόπος θέσις *Stoicis dicebatur pars, seu species* (*CUIAC.* ad L. 115, D. de verb. sign.), *Eodem vocabulo positionis eodem sensu usum esse PALLADIUM* (de re rustic. L. III. tit. 2.) *observavit CAR. ANDR. DUKER.* (de Lat. JCt. vet. p. 326.).

§ 24. Dalla giustizia (non grammaticalmente, ma moralmente considerata), è derivato il vocabolo DRITTO (*jus*), (*L.* 1, *pr. D. h. t.*), da questo nasce la GIURISPRUDENZA.

§ 25. La GIURISPRUDENZA fu definita dagli antichi, *la conoscenza delle cose divine ed umane, la scienza del giusto e dell' ingiusto* (§ 1, *Inst. h. t. L.* 1. 10, § 1, *D. h. t.*). La prima parte di tal definizione appartiene alla filosofia (SENEC. *let.* 89). Quindi il senso è che la giurisprudenza sia una *filosofia che consiste nella scienza del giusto e dell' ingiusto* (*a*).

§ 26. Più adattamente però la si può definire l' *abitudine pratica di bene interpetrare le leggi e di applicarle a proposito ad ogni caso che si offre.*

§ 27. L' interpetre delle leggi non dee conoscerne le parole, ma penetrarne la forza e l' essenza (*L.* 17, *D. de leg.*). Con ragione CICERONE (*lib.* 1 *dell'oratore c.* 55) denominò *Legulejo* colui che non comprende le leggi che ha imparato e ritiene a memoria.

§ 28. Lo spirito delle leggi si conosce dalla loro ragione, la quale se più estesa di ciò che suonano le parole, l' *interpetrazione dicesi* ESTENSIVA; se poi più ristretta di ciò che le stesse dinotano chiamasi RISTRETTIVA; se estesa al pari di loro denominasi DICHIARATIVA.

§ 29. Le leggi spiegate coll' interpetrazione si applicano dal giureconsulto ai fatti ed ai casi che si presentano (§ 26): ecco perchè, a giudizio di CICERONE (*lib.* 1, *Dell' oratore c.* 48), dev' egli conoscere le leggi e le consuetudini di cui si servano i privati nel loro paese per DAR DEI CONSULTI, PER AGIRE E PER DIFENDERE (ed aggiungi anche per giudicare). Colui dunque che senza conoscere il dritto e superficialmente istruito si lancia nel foro, facendo il suo guadagno colla rovina della fortuna degli altri, vien detto dallo stesso CICERONE (*lib.* 1, *Dell' oratore c.* 55) RABULA.

§ 30. Siccome la giurisprudenza si versa nell' interpetrare ed applicare le leggi (§ 26); e queste o risguardono l' interesse publico, o gli affari dei privati, così rettamente dividesi il dritto in PUBLICO *e* PRIVATO, ciò che dicesi *le due posizioni* (*b*) *del dritto* (§. 4, *Inst. lib.* 1, § 2, *D. h. t.*).

§. 31. Il PUBLICO versa sullo stato e su' dritti delle cose publiche (o sul rapporto che passa tra 'l governo ed i cittadi-

(*a*) Imperocchè i giureconsulti erano in una continua emulazione coi filosofi *apraktoi* che sostenevano la dignità del nome colla sola barba e colla bisaccia; e siccome dice ULPIANO che i giureconsulti amano la *vera* e non *la simulata filosofia* (L. 1, §. 1 D. *h. t.*), non fia maraviglia se egli adorna la giurisprudenza colla definizione della stessa.

(*b*) Posizione, *topos*, *thesis* si diceva dagli Stoici una parte o specie (CUJAC. *ad* L. 115, *ff. de* V. S.). Lo stesso termine *posizione* è stato adoprato nel medesimo senso da PALLADIO (*de re rust. liv.* 3, *tit.* 2), come osserva CAR. ANDR. DUKER (*de latin. jct. vet.* p. 326.)

ad singulorum utilitatem (*id est*, *ad meum et tuum*) *spectat*(*a*) (L. 1. §. 2. D. h. t.)

§. 32. *Utrumque* (*non solum privatum*) (*b*) *tripartitum est*, *collectum quippe ex NATURALIBUS praeceptis*, *GENTIUM*, *et CIVILIBUS* (§. ult. Inst. lib. 1, L. 1, §. 2, D. h. t.) , *de quibus agendum erit titulo sequente.*

TITULUS II.

De Iure Naturae, *Gentium et Civili.*

§. 33. *Ius*, *vocabulum alias maxime* πολύσημον, significatione varium (L. 11. et 12. D. de iust. et iur.), *hic pro lege*, *vel potius completione legum omnium unius generis accipitur. Quales ergo sunt leges*, *tale ius emergit.*

§. 34. *Leges igitur quum vel* divinae , *vel* humanae *sint*, *ius quoque vel DIVINUM vel HUMANUM esse oportet* (§. 33).

§. 35. *DIVINUM*, *prout vel per rectam rationem*, *vel per sacras litteras promulgatur*, *aut NATURALE*, *et GENTIUM dicitur*, *aut POSITIVUM. Sed hanc distinctionem veteres negligunt.*

§. 36. *NATURALE ex principiis Stoicorum* (§. 18. *) *definit ULPIANUS* , quod natura omnia animalia docuit (L. 1 §. 3 D. de iust. et iur. pr. Inst h. t.). *Stoicis enim iuste vivere erat secundum naturam vivere. Natura iisdem erat vel hominibus cum brutis communis*, *vel illis propria.* Ex communi *IUS NATURAE*; ex propriâ *IUS GENTIUM derivabunt* (*c*), (L. 1. §. 3 et 4 D. de iust. et iur.)

§. 37. *Quemadmodum ergo* ius naturae *omnibus animalibus*, *ita IUS GENTIUM* solis hominibus inter se commune esse *docebant* (L. 1 §. 4 D. h. t.) *idque illis vel PRIMARIUM*, *vel SECUNDARIUM erat*, *quamvis haec vocabula artis veteres ignorarent.*

(*a*) *Ab objecto ergo dicitur haec partitio*, *non a caussâ efficiente*, *vel finali. Secundum has enim et privatum ius recte vocatur publicum*, (L. 38. D. de pact. L. 8. de tutel. L. 29. *D. de.* test. tut. L. 18. §. 1 D. de damno inf.).

(*b*) *Si nempe recte ius naturae definias*, *uti nos infra* §. 40. *Ulpianus vero*, *qui ius naturale hominibus cum reliquis animantibus commune putabat* (§. 36.) *non poterat inde derivare ius publicum*, *cuius nec vestigium*, *nec umbram inter bruta notamus.*

(*c*) *Unde dici nequit Stoicos brutis tribuisse rationem. Alia omnia discimus ex PLUHTARC* (de solert. animal.). *Nec magis id faciebant ICti*, (L. 1 §. 3. D. si quadrup. pauper. fec. dic. Conf. *BARBEYRAC* ad PUFENDORFF, Iur. nat. et gent. L. 2. c. 3. §. 2.) *Nec tamen brutis negabant facultatem vivendi secundum naturam*, *eiusque leges*, *atque inde et ius naturae illis cum humano genere commune esse adseverabant.*

ni); il PRIVATO sull' utilità di *ciascun individuo* (cioè del mio e tuo (*L.* 1, § 2, *D. h. t.*) (*a*).

§. 32. L' uno e l' altro (non già il solo privato) è tripartito (*b*); perchè si compone de' precetti del dritto NATURALE, del dritto delle GENTI e del dritto CIVILE (§ *ult. Inst. lib.* 1. *L.* 1, § 2, *D. h. t.*), di cui passiamo a trattare nel seguente titolo.

TITOLO II.

Del dritto naturale, delle genti, e del civile.

§. 33. Il *dritto*, vocabolo *polusèmon* (suscettibile di più significati) (*L.* 11, *et* 12 *D. de justitia et jure*) è qui preso per la legge o piuttosto pel complesso di tutte le leggi di uno stesso genere. Quindi come sono le leggi tale è il dritto che n' emerge.

§. 34. E siccome le leggi sono o divine o umane, così il dritto è DIVINO o UMANO (§. 33).

§. 35. Il DIVINO secondo che vien promulgato o dalla retta ragione, o dai sacri libri, chiamasi NATURALE e *delle* GENTI o DRITTO POSITIVO. Siffatta distinzione fu incognita agli antichi.

§. 36. Il NATURALE, secondo i principii della filosofia stoica (§. 18), vien definito da ULPIANO, *quello che la natura ha ispirato a tutti gli animali* (*L.* 1, § 3, *D. de justitia et jure*). Imperocchè secondo gli Stoici *vivere giustamente è vivere secondo la natura*. La stessa, a loro senso, è comune agli uomini ed alle bestie, o propria ai soli uomini. Dalla comune ne derivavano il DRITTO DI NATURA, dalla propria *il* DRITTO DELLE GENTI (*L.* 1, *e* 4, *D. de justitia et jure*) (*c*).

§. 37. Siccome il *dritto di natura*, essi dicevano, è comune a tutti gli animali, così il DRITTO DELLE GENTI è esclusivo ai soli uomini (*L.* 1, § 4, *D. h. t.*); e quest' ultimo, secondo gli stessi, è PRIMARIO o SECONDARIO, benchè gli antichi ignorassero siffatte tecniche espressioni.

(*a*) Siffatta divisione dunque si fa in quanto all' obietto e non alla causa efficiente o finale. Imperocchè secondo questa il dritto *privato* si potrebbe dire *pubblico* (L. 38 *D. de pact. L.* 8. *de tut. L.* 29. *D. de test. tut.* L. 15, §. 1. *D. de damn.* inf.).

(*b*) Qualora vuolsi ben definire il dritto di natura, come or ora faremo §. 40. ULPIANO che risguardava il dritto di natura comune agli uomini ed agli animali (§. 36) non avrebbe potuto dedurne il dritto pubblico, di cui non ravvisasi tra gli ultimi vestigio alcuno.

(*c*) Da ciò non si può dedurre che gli Stoici attribuissero la ragione alle bestie. PLUTARCO ci riferisce tutto l' opposto (*De solert animal.*) Nè altrimenti l' opinavano i giureconsulti (L. 1, §.3, *D. si quis quadr. paup. fec. dic.* V. BARBEYRAC in PUFENDORFF, *de jure naturae et gent.* L. 2, c. 3, §. 2). Intanto non negavano alle bestie la facoltà di vivere secondo le leggi della natura, e per cui le accordavano un dritto di natura comune col genere umano.

§ 38. *PRIMARIUM dicitur*, quod naturalis ratio, (*non natura communis*, *sed propria hominibus*) (§. 36) inter omnes constituit, et apud omnes peraeque custoditur (§ 1. Inst. h. t. L. 1 pr. D. de adquir rer. dom.).

§. 39. *SECUNDARIUM*, quod usu exigente et humanis necessitatibus est introductum (§. 2. Inst. h. t.). *vel uti MODESTINUS* (*L.* pen. D. de legib.) definit quod necessitas constituit (*MERILL.* Variant. *CUIAC.* Lib. 1 c. 1). *Primarium ergo* absolutum, *secundarium* hypotheticum *est.*

§. 40. *Ita veteres. Nobis*, *quos nemo Stoae*, *tamquam glebae*, *adscripsit*, *IUS NATURALE est* ius ab ipso Deo generi humano per rectam rationem promulgatum (Epist. ad Rom. II. v. 15.).

§. 41. *IUS GENTIUM vero est* ipsum ius naturale (*a*), integrarum gentium negotiis et caussis adplicatum (*PUFENDORFF*, de iur. natur. et gent. lib. 2. c. 3. §. 23.).

§. 42. *Ius divinum POSITIVUM* (§. 35), *denique*, quod per sacras litteras promulgatum, ex rectâ ratione solâ non innotescit, *vel humano generi commune*, *vel genti Iudaicae proprium est*, *et hinc in UNIVERSALE et PARTICULARE distingui solet. Ad prius referunt praecepta et leges* Genesi (VIIII, 6) Levitici (v. XVIII. et XX.) et similia.

§. 43. *Huic iuri divino opponitur HUMANUM* (§. 34.), *quod et CIVILE dicitur*, *et CAIO nostro est* ius, quod quisque populus sibi constituit, et cuiusque civitatis proprium est (L. 9. D. de iust. et iur.) κατ' ἐξοχὴν per excellentiam *civile vocatur ius Romanum*, *vel Quiritium*, *quemadmodum et Roma* κατ' ἐξοχὴν *urbs dici solebat* (§. 2. Inst. h. t.)

§. 44. *Populus vero liber vel* expresse *sibi ius constituit*, *vel* tacite. *Quid enim interest*, *suffragio populus voluntatem suam declaret*, *an rebus ipsis et factis* (L. 32. §. 1. D. de legib.) *? Unde differentia juris SCRIPTI*, ἐγγράφου *et NON SCRIPTI* (*b*) ἀγράφου (§.3. Inst. h. t. L. 6. §.1 D. de iust. et iur.)

(*a*) *Quod et veteres quidam videntur agnovisse* (*Vid.*L. ult. pr. *iunct.* L. 14. D. de rit. nupt. L. 19. pr. D. de capt. et postlim. L. 31, pr. D. depos. L. 84. D. de reg. iur., *quos sequitur Imperator* §. 2. Inst. de *rer. divis. ibi : iuris* naturalis, quod appellatur ius gentium).

(*b*) *SCRIPTUM IUS ICtis non est in scripturam redactum, sed promulgatum ; NON SCRIPTUM , non promulgatum. Sequuntur eâ in re Graecos , quibus* γράφειν νόμους *saepe non est* leges scribere, sed promulgare. *Hinc. LIBANIUS* (tom. 1 p. 476) *Lycurgum ait* γράψαι νομους scripsisse leges : *quum tamen leges ab eo latae in scripturam redactae non fuerint. PLUTARCH.* (in Lycurgo p. 47) *et Plato, qui apud LAERTIUM itidem jus dividit in* γεγραμμένον, καὶ ἄγραφον scriptum et non scriptum *hoc definit , quod sit* νομος κατα ἔθη γενόμενος, ius per consuedinem con-

§. 38. Dicesi PRIMARIO, perchè *la ragion naturale* (non la natura comune, ma propria agli uomini § 36) *l'ha stabilito tra tutti*, *ed è uniformemente da tutti osservato* (§ 1, *Inst. h. t. L.* 1, *pr. D. de acquirendo rerum dominio*).

§. 39. SECONDARIO *perchè nato dall' uso e dai bisogni umani* (§ 2, *Inst. h. t.*), o, come dice MODESTINO (*L. pen. D. de leg.*), *quello che è derivato dalla necessità* (MERILL, *Variant*, CUJAC. *lib. cap.* 1). Il dritto primerio è *assoluto*, il secondario *eventuale*.

§. 40. In tal modo gli antichi la ragionavano. Per noi che non siamo addetti allo stoicismo come gli schiavi alla gleba, il DRITTO NATURALE *è quello promulgato dallo stesso Dio al genere umano mediante la retta ragione* (*Epist. ad Rom.* II. 15.).

§. 41. Il DRITTO DELLE GENTI *è lo stesso dritto naturale* (*a*) *applicato agli affari ed agl' interessi dell' intere nazioni* (PUFFEND., *del dritto della natura e delle genti lib.* 2 *c.* 3, § 23.)

§. 42. Finalmente il DRITTO DIVINO POSITIVO (§ 35) *è quello che non si può conoscere colla sola ragione, ma che vien promulgato dai sacri libri*. È comune al genere umano, o particolare alla sola nazione giudaica, e per cui dividesi in UNIVERSALE e PARTICOLARE. Al primo si riferiscono i precetti e le leggi della *Genesi* (*IX*.6), del *Levitico* (*XVIII e XX*) *e simili*.

§. 43. A questo dritto divino si oppone l' UMANO (§.34) che dicesi ancora CIVILE, e che secondo CAJO è il *dritto che ciascun popolo si stabilisce, ed è proprio di ciascùn paese* (*L.* 9, *D. de justit. et jure*). Si chiama dritto civile per eccellenza (*Kat' exochen*) romano o Quiritizio, del pari che Roma si soleva chiamare città per eccellenza (*Kat' exochen*) (§ 2, *Inst. h. t.*).

§. 44. Un popolo libero si stabilisce da sè stesso il dritto o *espressamente* o *tacitamente*. Che importa che un popolo dichiari la sua volontà col suffragio, o colle azioni e co' fatti (*L.* 32, § 1, *D. de legibus*)? Da ciò la differenza del *dritto* SCRITTO (*angraphos*) e non SCRITTO (*agraphos*) (§ 3, *Inst. h. t. L.*6, § 1 *D. de instit. et jure.*) (*b*)

(*a*) Sembra che alcuni antichi abbiano ciò conosciuto (veg. L. *ult. pr. capt. et posslim.* L. 31, *pr. D. depos.* L. 84, *D. de reg.*). Vennero seguiti dall' imperatore §. 11. *Inst. de rer. div. ove il dritto naturale vien dello altresì dritto delle genti.*

(*b*) Secondo i giureconsulti, il *dritto scritto* non è quello disteso in iscritto, ma quello che viene *promulgato*: il *dritto non scritto* è quello non *promulgato*. In ciò seguono i Greci secondo i quali, *graphein nomous*, non significa acrivere le leggi, ma promulgarle. Quindi LIBANIO (t. 1. p. 476) dice, che LICURGO, *grapsai nomous*, *abbia scritto delle leggi*; benchè quelle dallo stesso promulgate non siano state distese in iscritto. PLUTARCO (*nella Vita di Licurgo* p. 47) e PLATONE, presso *LAERZIO*, divide del pari il dritto in *guegram menon kai agraphon* (scritto e non scritto), definisce l'ultimo *nomos kata ethè guenomenos*, *dritto stabilito dall' usanza*. Ecco perchè i diversi instituti degli

§. 45. *Iuris scripti species apud Romanos ob mutatam subinde formam reipublicae erant plures. Nam eo (in* §. 3 Inst. h. t.) *referuntur I.* Leges, *II.* Plebiscita. *III.* Senatûsconsulta, *IV.* Principum placita, *V.* Magistratuum edicta, *VI* Responsa prudentum(*a*), *quae et strictissime* ius civile *dici solent* (L. 2 §.5 D. de orig. iur.).

§. 46. *LEX est*, quam populus Romanus (*id est*, *patricii et plebs coniunctim, qui et Quirites dicuntur*), senatorio magistratu rogante, veluti consule (*dictatore*, *tribuno militum consularis potestatis*, *decemviris*, *praetore*, *et quidem in comitiis olim curiatis* (L. 2. §. 2. D. de orig. iur.) *postea centuriarum*, *vel tribuum suffragiis*) constituit (§. 4 Inst. h. t.)

§. 47. *PLEBISCITUM*, quod plebs (*a patriciis discreta*) plebeio magistratu rogante, veluti tribuno plebis (*in comitiis tantum tributis*, *et tribuum suffragiis*), constituit (§. 4 Inst. eod.) *Quibus plebiscitis quum initio teneri nollent patricii*; *postea iis eadem auctoritas data*, *ac ipsis legibus* (*b*), *per legem primum HORATIAM*, *latam a. u. c.* 304. (*LIVIUS* L. 3 c. 55.), *deinde per PUBLILIAM a. u. c.* 414. (*LIVIUS* L. 8 c. 12.), *ac denique per HORTENSIAM a. u. c.* 456. (L. 2 §. 8 D. de orig. iur. *GELL.* Lib. 15. cap. 38.)

§. 48. *SENATUSCONSULTA*, *liberâ adhuc republicâ*, *erant* decreta senatûs de rebus amplissimi eius ordinis curae demandatis (*c*) (*Vid. POLYB.* Histor Lib.VI.c.12. seqq.). *Postea-*

---

stitutum. *Itaque diversa Atheniensium et Lacedaemoniorum instituta potuerunt quidem occasionem dedisse huic iuris partitioni*, *uti ait Imp.* (§.10. Inst. h. t.) *nam Athenienses omnino iure scripto*, *Lacedaemonii non scripto usi sunt: sed tunc alio sensu*, *puta grammatico*, *distinctio ista accipitur. Occasionem ergo istae civitates dedere partitioni iuris in* ἄγραφον, *et* ἔγγραφον, scriptum et non scriptum, *sed non illi acceptioni harum vocum*, *qua ICti utuntur.*

(*a*) *Atqui ius istud civile strictius acceptum* sine scripto venire, *et* sine scripto in solâ prudentum interpretatione consistere *dicitur* (L. 2 §. 5 *et* §. 12. D. de orig. iur.). *Responsum cape:* Ἄγραφος non scripta *haec iuris pars fuit*, *ratione originis*, *quia non promulgata*, *tacite in foro auctoritatem obtinuit. Posteaquam vero illam*, *corpori iuris insertam*, *cum legibus reliquis publicavit Iustinianus* ἔγγραφος scripta *esse coepit.*

(*b*) *Unde ex eo tempore et plebiscita dici coeperunt* leges, *veluti* lex Aquilia, lex Falcidia, Voconia, Cincia *etc.*

(*c*) *Senatûsconsulta ergo liberâ republicâ ad curam aerarii*, *legationes*, *administrationem provinciarum*, *cognitionem de maleficiis per Italiam admissis*, *triumphos*, *comitia*, *ferias*, *supplicationes*, *aliaque huius generis*, *pertinebant* (*POLYB.* ibid). *Sed non faciebant ius nisi populi suffragiis probata*, *quod saepe factum novimus* (*DYONIS. HALIC.*

§. 45. Siccome presso i Romani la forma della republica più volte soffrì de' cambiamenti, così vi furono diverse specie di *dritto scritto*. Imperocchè vi si rapportano (§ 3, *Inst. h. t.*): I le *leggi*, II i *plebisciti*, III i *senatus-consulti*, IV i *voleri dei principi*, V gli *editti dei magistrati*, VI i *responsi de' giureconsulti* (*a*), che in senso il più stretto solevansi chiamare *dritto civile* (*L.* 2, § 5, *D. de orig. juris*).

§. 46. La *Legge è quella che il popolo romano* (cioè i patrizii ed i plebei riuniti insieme, detti Quiriti)*si stabilì sulla proposizione di un magistrato senatorio, come di un console*, (di un dittatore, di un tribuno militare con potenza consolare, dei decemviri, di un pretore, e anticamente nei comizi curiati (*L.* 2, *D. de orig. juris*), dipoi nelle centurie, e nelle tribù (§ 4, *Inst. h. t.*).

§. 47. Il PLEBISCITO *è quello che si costituì la plebe* (separata dai patrizj) *sulla proposizione di un magistrato plebeo, come di un tribuno della plebe* (nei comizj tributi soltanto per tribù, e co' suffragi delle tribù) (§ 4, *Inst. eod.*). Siccome nel principio i patrizi non volevano esser sottoposti ai *plebisciti*, così se li diede da poi la stessa autorità dalle leggi (*b*) sulle prime dalla legge ORAZIA, promulgata l'anno 304 della fondazione di Roma (Tit. Liv. *lib.* 3, *c.* 55), in seguito dalla legge PUBLILIA, l'anno di Roma 314, (Tit. Liv. *lib*, 8, *c.* 12), ed in ultimo dalla legge ORTENZIA, l'anno di Roma 466 (*L.* 2, § 8, *D. orig. juris* Gell *lib.* 15, *c.* 38).

§. 48. I *Senatus-consulti*, vigente la republica, erano decreti del senato sugli affari, il cui senno era affidato a quell' ordine di amplissime attribuzioni (*c*) (*v.* POLIB. *Ist. lib. VI c.* 12, e

---

Ateniesi e de' Laccdemoni potè occasionare una siffatta divisione del dritto, come lo dice GIUSTINIANO (§. 10. *Inst.* h. t.), mentre gli Ateniesi in tutto seguivano il dritto scritto, ed i Laccdemoni il non scritto; ma in questo caso una tale distinzione prendesi in senso prettamente grammaticale. Gli Ateniesi e gli Spartani dunque hanno originata la divisione del dritto in *agraphon* ed in *engraphon*, *scritto* e non *scritto*, ma non nel senso in cui i giureconsulti prendano tali voci.

(*a*) Intanto, secondo la legge L. 2, §. 5 e 12. *D. de orig. jur.* questo dritto civile preso in istretto senso *si stabilisce senza scritto*, e *consiste nella sola interpetrazione dei prudenti senza essere disteso in iscritto*. Si risponde: questa parte del dritto fu *agraphos* (*non scritta*) nella sua origine, perchè senza essere stata promulgata tacitamente ottenne vigore nel foro; ma avendola GIUSTINIANO inserita nel corpo del dritto e pubblicata colle altre leggi, divenne *engraphos* (*un dritto scritto*).

(*b*) Ecco perchè fin da quel tempo i plebisciti cominciarono a denominarsi *leggi*, come la *legge Aquilia*, *Falcidia*, *Vocania*, *Cincia*, ec.

(*c*) Quindi i senatus-consulti emanati, mentre vigeva la repubblica, aveano per obietto l'amministrazione dell'erario, le legazioni, l'amministrazione delle provincie, la conoscenza dei reati commessi in Italia, i trionfi, i comizj, le feste, le preghiere publiche ed altre cose di simil genere (POLIBIO, *ibid.*). Siffatte attribuzioni non costituivano leggi, a meno che non fossero state approvate dai suffragi del popolo, ciò, che è spesso accaduto

quam verò Tiberius eversurus antiquum leges ferendi morem, *comitia ex campo transtulerat in curiam* (*TACIT.* Annal. L. I. c. 15.) *non ambigebatur senatum ius facere posse* (L. 9. D. de legib. L. un. C. de senatuscons.).

§. 49. *Quum ergo Senatus ab eo tempore populum vel comitia repraesentaret* (§. 48), *SENATUSCONSULTUM definiri poterit*, *quod sit* ius a senatu, loco populi, ad orationem principis vel consulis relationem constitutum (§. 5. Instit. h. t. L. 2 §. 9 D. de orig. iur.).

§. 50. *Talia SCta*, *veluti*, *nonnumquam vocantur*, iura *ORATIONIBUS PRINCIPUM* constituta (L. 8, D. de. transact. L. 1 D. in quib. causs. pign. *iunct.* L. 52. §. 10 D. pro soc. L. 60. pr. D. de rit. nupt.), *post Antoninorum tempora paulatim ab usu recesserunt*, *postquam multo ante principes*, *in quos ius omne populus per LEGEM REGIAM* (*a*) *contulerat* (§. 6 Instit. h. t.) *constitutionibus vel edictis suis iura nova sancire coeperant. Exemplum Vespasiani habes* (L. 4 §. 5. D. de legat.).

§. 51. *CONSTITUTIONES huiusmodi sunt* principum placita, quae, si hi volunt (§. 6 Instit. h. t.) legis habent vigorem (L. 1 pr. D. de const. princ.)

§. 52. *Quum ergo illae a principis voluntate auctoritatem suam sortiantur* (§. 51), *princeps vero iis vel omnes cives velit obstringere*, *vel quibusdam extra ordinem aliquid aut indulgere*, *aut imponere*, *priores vocantur* generales, *quales sunt RESCRIPTA*, *DECRETA*, *EDICTA*; *posteriores* speciales, *quales sunt PRIVILEGIA*, *quae ad exemplum non trahuntur* (*b*) (§ 6. Inst. h. t. L. 1 §. 1 et 2 D. de const. princip.).

§. 53. *RESCRIPTIS princeps vel ad libellos*, *seu* δεήσεις partium, *vel ad consultationes* magistratuum, *vel ad desideria* universitatum *respondet* (L. 19 §. 9 D. de locat. L. 3 §. 1. D. de testib.) *quorum ista ADNOTATIONES*, *seu SUBNOTA-*

---

lib., 10 p. 676.). *Alias populum non tenebant* (*LIVIUS* Lib. 9, cap. 8) *sed senatum tantum illius anni, tamquam* πολιτεύματα καίρον ἐνιαύσιον ἔχοντα ἰσχὺν instituta unius anni, *ut idem vocat* (*DIONYS* L. 9 p. 595.)

(*a*) *LEX illa REGIA*, *quae et LEX IMPERII dicitur in L.* 3. C. de testam., *nec non AUGUSTUM PRIVILEGIUM* in L. un. §. 14 C. de caduc. toll. *nihil aliud erat*, *quam* complexio praerogativarum, imperatoribus decretarum sub auspicium imperii. *Adeoque ea consistit variis SCtis*, *paulatim factis in honorem principum*, *de quibus plura diximus in* Antiq. Rom. h. t. §. 43 seq.

(*b*) *Hâc solâ ratione privilegia vocantur constitutiones* speciales; *nam alioquin et ea*, *maxime favorabilia*, *omnes obligant*, *eatenus*, *ne eum*, *qui privilegium impetravit*, *in ejusdem exercitio turbent*, *vel impediant*.

segu.). Ma dopochè Tiberio, per rovesciare l'antico costume di promulgare le leggi, trasferì i comizj dal campo di Marte nella Curia (TACIT., *Ann.* L. 1. c. 15), non si dubitò più che il senato potesse decretare delle leggi (*L.* 9. *D. de leg. L. un cod. de senatuscons.*).

§. 49. Il senato dunque rappresentando fin da quel tempo il popolo o i comizj (§. 48), il SENATUS-CONSULTO si può definire *un dritto stabilito dal senato che fa le veci del popolo, sulla proposizione del principe, o sul rapporto del console* (§, 5, *Inst. h. t. L.* 2, *D. de orig. jur.*) *

§. 50. Siffatti senatus-consulti, denominati talora *leggi stabilite sulla* PROPOSIZIONE *de'* PRINCIPI (*L.* 8, *D. de transact. L.* 1, *D. in quibus sans. pign.* aggiungete *L.* 52, § 10, *D. pro sac. L.* 60, *pr. D. de rit. ungt.*) dopo i tempi degli Antonini a poco a poco caddero in disuso, in particolare dal chè molto tempo per l'innanzi i principi, a' quali il popolo avea conferito ogni dritto, per la LEGGE REGIA (*a*), avevano cominciato colle loro costituzioni e co'loro editti a sanzionare novelle leggi, come se ne ha un esempio in Vespasiano.

§. 51. COSTITUZIONI di tal fatta sono *voleri dei principi, le quali, se loro piace* (§ 6, *Inst. h. t.*), *hanno il vigore di legge* (*L.* 1. *pr. D. de const. princ.*).

§. 52. Siccome le costituzioni acquistano vigore di leggi dalla volontà del principe (§. 51), ed egli con esse o intende obbligare tutti i cittadini, o pure straordinariamente accordare a taluni qualche cosa, o gravarli di qualche imposizione, così le prime si chiamano *generali*, come sono i RESCRITTI, i DECRETI, gli EDITTI; i secondi SPECIALI, come i PRIVILEGI che non si estendono da un caso all'altro (*b*) (§. 6. *Inst. h. t. L.* 1, § 1, e 2, *D. de const. pricip.*)

§. 53. Coi RESCRITTI il principe risponde alle suppliche delle parti, o ai quesiti de' magistrati, o alle istanze delle Università (*L.* 19, §. 9, *D. de locat. L.* 3. §. 1, *D. de test*): che nel primo caso si chiamano ANNOTAZIONI o SOTTOANNO-

---

(DIONIGI D'ALICARNASSO, lib. 10, p. 676, TITO LIVIO, *lib.* 6 cap. 8.). Altrimenti non obbligavano il popolo, ma soltanto il senato di quest'anno, *politeumata kairon eniausion echonta ischun* (*istituti di un anno*), come li chiama DIONIGI D' ALICARNASSO (*lib.* 9 p. 595.)

(*a*) Quella legge *Regia*, detta anche LEGGE DELL' IMPERO (nella L. 3 C. *de testam.*) ovvero AUGUSTO PRIVILEGIO (L. un §. 14, C. *de caduc. toll.*) altro non era che il complesso delle attribuzioni del popolo conferite all'imperatore nel principio del suo impero; perciò consiste in vari senatus-consulti emanati di tempo in tempo in onore dei principi. Delle quali cose a lungo parlammo nelle nostre *Antiqu. Roma.* (n. h. t. §. 43 e segu.)

(*b*) Per questa ragione soltanto i privilegi son detti costituzioni *speciali*. Altrimenti, ed in ispecie quelli che sono favorevoli, sono obbligatori per tutti, acciò colui, che ha ottenuto il suo privilegio, non sia nè impedito nè turbato nel volerne usare.

TIONES, *illa EPISTOLAE*, *haec SANCTIONES-PRAGMATICAE dicuntur* (L. 6 *et* 7 C. de divers. princ. rescript. L. 12 C. de vectigal.).

§. 54. *DECRETA dat Imperator*, *dum*, caussâ, inter partes cognitâ, sive sententiam fert, sive de plano interloquitur (L. 1 §. 1 fin. D. de constit. princ. L. ult. pr. C. de legib.).

§. 55. *EDICTIS denique princeps* motu proprio ius novum ad universorum civium utilitatem constituit (L. 1 § 1 D. de const princ.) (*a*). *Unde ab* edictis *facile distinguas MANDATA*, *quae et ipsa* motu principis proprio, sed ad certas tantum personas diriguntur (L. 1 C. de mandat princip.), *maxime ad magistratus provinciales* (*IAC. GOTHOFR.* ad L. un. C. Theod. de mandat. princip. T. I. p. 28.).

§. 56. *Quum ergo hae principum constitutiones legis habeant vigorem si princeps velit* (§. 51), *consequens est*: 1 *ut rescripta non faciant ius, si preces veritate haud nitantur*. (L. fin. C. de divers. princ. rescr. et pragm. sanct.) *vel si princeps non subscripserit*, *vel si dies et consul desit* (L. 3 et 4 C. eod.), *vel si aut in reip. detrimentum, aut in praeiudicium iuris, tertio quaesiti, tendant* (L. 3 *et* 7, C. de precib. Imp. off. L. 6, C. si contra ius vel util. publ.)

§. 57. *Ex eodem consequitur*, 2 *ut decreta ius tantum faciant inter partes* (L. 2 C. de leg. et constit.) *nisi princeps iis vel ius obscurum*, *et ambiguum interpretetur* (L. 12 §. 1 C. eod) *vel id decretum ad similes species proferri diserte iubeat* (L. 3 C. eod.)

§. 58. *Denique inde fluit*. 3 *sola edicta* (*b*) *proprie ius facere*, *et pro lege esse* ; *unde et LEGES EDICTALES PERPETUAE*, *vel in PERPETUUM VALITURAE dicuntur* (L. 6, C. de sec. nupt. L. 2 C. ubi quis de curial. vel cohort. L. 6, C. de divers. pr. urb.), *itemque EPISTOLAE GENERALES* (L. 1 §. 2 D. de fugit.), *SACRAE LEGES* (Nov. XLVIII. fin.).

§. 59. *Constitutionibus* generalibus *opponuntur* speciales, (§. 52) *quae et PRIVILEGIA*, *quasi* privae leges, *adpellantur* (*GELL*. L. X. C. 20.)

(*a*) *Videntur primo Imperatores ea*, *quae Senatus ad orationem principis decreverat*, *edictis pubblicasse* (*BURMAN*, de vectigal. pop. Rom. c. 6 p. 113, *MARAN*. Paratitl. 61 edit. alt.); *postea*, *firmatâ satis auctoritate suâ*, *etiam inconsulto Senatu*, *quid pro lege futurum sit*, *edicere paulatim coepisse*.

(*b*) *Ita res sese habet*, *si constitutiones in se considerentur*. *Nam quatenus rescripta et decreta veterum Imperatorum aeque ac edicta in foro sensim auctoritatem obtinuerunt*, *et demum a Iustiniano Corpori iuris inserta sunt*, *eatenus et ipsa ius facere*, *et pro lege esse dicuntur*.

TAZIONI, nel secondo EPISTOLE; nel terzo PRAMMATICHE-SANZIONI (*L. 6 e 7, cod. de div. princ. rescr. L. 12 C. de vectigal.*).

§. 54. L' imperatore emana i DECRETI allorchè, previa cognizion di causa tra le parti, o pronunzia la decisione, o decide senza processo cioè straordinariamente (*L.* 1. §. 1, *fin. D. de constit. princ. L. ult. pr. C. de leg.*).

§. 55. Cogli EDITTI finalmente il principe moto proprio forma una *nuova legge per l' utilità di tutti i cittadini* (*a*) (*L.* 1. §. 1. *D. de constit. princ.*). Quindi gli stessi facilmente distinguonsi dai MANDATI, i quali, benchè il principe li dasse del pari moto proprio, sono però diretti soltanto ad alcune persone (*L.* 1, *cod. de mandat. princ.*) ed in particolare ai magistrati provinciali (*GIAC. GOTOFREDO ad Leg. un. Cod. Theod. de mand. princip. p. 28. t. 1.*)

§. 56. Siffatte costituzioni degl' imperatori avendo vigore di legge, se il principe il vuole (§. 51), ne segue: 1.° che i rescritti non formano legge se la supplica non sia veridica (*L. fin. Cod. de div. pr. rescr. et pragm. sanct.*), o se il principe non l' abbia sottoscritta, o se manca la data del giorno e dell' anno (*L. fin.* 3 *e* 4 *Cod. eod.*) o se urtano l'interesse pubblico, o il dritto acquistato da un terzo (*L.* 3 *e* 7 *C. de prec. imp. off. L. 6 Cod. si contra jus velutit. publ.*).

§. 57. Dallo stesso principio segne II. che i decriti non hanno vigor di legge che soltanto trà le parti (*L.* 2 *C. de leg. et const.*), eccetto che il principe non interpetri una legge oscura ed ambigua (*L.* 12 § 1. *Cod. cod.*) o non pronunzi formalmente che quel tal decreto sia applicabile a contestazioni di simile specie (*L.* 3. *cod. eod.*)

§. 58. Finalmente segue III. che i soli editti (*b*) fanno legge e sono reputati per tali, per cui si chiamano LEGGI EDITTALI PERPETUE, o valiture in perpetuo (*L.* 6, *cod. de sec. nupt. L.* 2. *Cod. ubi quis de curial. vel cohort L* 6. *Cod. de divers. pr. urb.*); come altresì EPISTOLE GENERALI (*L.* 1, §. 2, *D. de fugit.*), LEGGI SACRE (*Novel. XLVIII, fin.*).

§. 59. Alle costituzioni *generali* si oppongono le *speciali* (§. 52), chiamate PRIVILEGI, quasi *leggi private* (*Gell. L.* 10, *c.* 20.)

(*a*) Sembra che sul principio gl' imperatori pubblicavano cogli editti ciò che il senato aveva decretato sulla proposizione del principe (*BURMANN de vectigal pop. Roman. cap.* 6 p. 113. *MARANUS Parat.* p. 61, *edit. nov.*); ma che di poi essendo la loro autorità abbastanza consolidata, cominciarono a poco a poco a publicare per editti, senza che consultassero il Senato, ciò che volevano far passare per legge.

(*b*) Così sarebbe, se le costituzioni si considerassero in sè stesse, avvegnachè siccome i rescritti e i decreti degli antichi imperatori non che gli editti acquistarono a poco a poco forza di legge, e vennero finalmente inseriti nel corpo del dritto da GIUSTINIANO, per ciò costituiscono anch' essi parte del dritto e sono risguardati come altrettante legge.

§. 60. *PRIVILEGIA ergo sunt* constitutiones, quibus imperans vel ob meritum aliquid indulget, vel poenam irrogat extra ordinem, ut tamen ad exemplum non trahantur (*a*)(§. 52) (§. 6. Inst. h. t.)

§. 61. *Proinde privilegia vel ODIOSA sunt*, quibus poena extra ordinem maior, quam lege definita infligitur (*b*); *vel FAVORABILIA*, quibus ob merita aliquid indulgetur (§. 60) (§. 6. Instit. h. t.)

§. 62. *Eadem privilegia vel PERSONAE tribuuntur, vel CAUSSAE. Illa* personalia, *haec* realia *dicuntur a doctoribus. Illa cum persona exspirant, nisi quod moribus hodiernis nonnumquam et viduae, mortuo marito, conceduntur: haec ad haeredes transeunt* (L. 3. §. 1 D. de const. L. 196. D. de reg. iur.)

§. 63. *Quum ergo privilegia sint constitutiones* (§. 60) *consequens est: 1 ut ea solus imperans concedat. 2 Ut ea concedendi ius non sit magistratibus* (§. 61 *). *3 Ut eiusdem imperantis sit, statuere, quem modum esse velit sui beneficii* (L. 191 D. de reg. iur cui *non opponenda* L. 3 D. de const. princ.).

§. 64. *Ad ius scriptum porro pertinent MAGISTRATUUM EDICTA* (§. 45). *Solebant enim praetores, procoss., aediles curules, imo et alii magistratus sub auspicium magistratûs edicere, quo ordine, quâve ratione ius dicturi essent de rebus ad iurisdictionem suam pertinentibus. Unde edicta* urbana *vel* praetoria, provincialia *vel* proconsôlaria *et* aedilitia, *quae coniunctim IURIS HONORARII nomine venire solent* (§. 7. Inst. h. t. L. 7. §. 1. D. de iust. *et* iur. L. 52. §. 6. D. de oblig. *et* act.).

§. 65 *Quamvis enim magistratus non essent legislatores* (§. 44) (L. 12 §. 4 D. de Public. in rem. act. L. 12. §. 1, D. de bon. posses.), *sensim tamen sibi sumserant facultatem* ius adiuvandi, supplendi, corrigendi *propter utilitatem publicam* (L. 7 §. 1 D. de iust. *et* iur.). *Et ita intelligenda verba IUSTINIANI* (Nov. XXV. praef. et Nov. XXVI. c. 1 §. 1) *ubi praetores*

(*a*) *Ab his ergo privilegiis recte accuratiores distinguunt* beneficia legis, *cum* generalia, *veluti restitutionis in integrum, inventarii, ordinis, divisionis; tum* specialia, *quibusdam hominum generibus, ut mulieribus, studiosis, fisco, collegiis, et corporibus data; quae et nonnumquam* iura singularia, *et improprie* privilegia *adpellantur* (*CUIAC.* Obs. L. 15 c. 8.)

(*b*) *Illa legibus XII tabularum vetita* (*CIC.* pro domo cap. 18). *Saepe tamen irrogata sunt a tribunis turbulentis* (*CIC.* pro domo cap. 17.). *et postea a principibus* (L. 2 in fin. D. de his qui sui vel alieni iur. L. 28 §. 3 D. de poen. L. ult. D. si quis a par. manum.) *Quum vero ea bonus princeps vix irroget: multo minus iudicem vel mitiorem, vel severiorem legem esse decet, quia privilegia sunt constitutiones solius principis* (§. 60) (*L.* 8 §. 2 C. ad leg. Iul. de vi. pub. vel priv.) *Unde non excusanda Galbae, adhuc proconsulis, severitas, de quâ SUETON, in* Galba c. 9.

§. 60. I PRIVILEGI quindi sono delle *costituzioni*, *in forza delle quali il sovrano si compiace o di dar premio ad alcuno, o d' infliggere una pena straordinaria senza che passasse in esempio* (*a*) (§. 51) (§. *6*, *Inst. h. t.*).

§.61. I privilegi inoltre sono ODIOSI, *coi quali s'infligge una pena più grave di quella stabilita* dalla legge (*b*), o FAVOREVOLI, *qualora hanno per obietto di ricompensare il merito.* (§ *60*) (§ *6 Inst. h. t.*)

§. 62 Siffatti privilegi accordansi o alle *persone*, o alle *cause*. Quelli sono detti da'dottori PERSONALI, questi REALI. I primi estinguonsi colla persona, benchè coll' uso odierno concedansi talora, morto il marito, alla vedova: i secondi si trasmettono agli eredi (*L.* 3. § 1, *D. de con. L.* 196, *D. de reg. jur.*).

§. 63. I privilegi essendo delle *costituzioni* (§. 60) ne segue: 1.° che il principe solo li può accordare; 2.° che i magistrati non hanno siffatto dritto; 3.° che appartiene allo stesso principe di fissare i limiti del beneficio che concede (*L.* 191, *D. de reg. jur. alla quale non osta la L. 3, D. de const. princ.*).

§. 64. Al dritto scritto riferisconsi altresì gli EDITTI DEI MAGISTRATI (§. 45). Imperocchè i pretori, i proconsoli, gli edili curuli ed altri magistrati, nell' assumere la magistratura, solevano pubblicamente dichiarare con qual metodo ed in che modo dovevano rendere giustizia sulle cose dipendenti dalla loro giurisdizione: D' onde ne derivarono gli *editti urbani o pretori*, *i provinciali* o *proconsulari* e gli *edelizj*, i quali collettivamente sogliono denominarsi DRITTO ONORARIO (§. 7, *Inst h. t. L.* 7 §. 1. *D. de justit. et jur. L.* 52, § 6. *D. de oblig. et act.*).

§. 65. Sebbene i magistrati non fossero legislatori (§ 44.)(*L.* 12 §. 4 *D. de Publ. in rem act.l.* 12, §. 1, *D. dè bon. poss.*), pure a poco a poco si arrogarono la facoltà d'*ajutare*, *supplire*, *mitigare* il rigor delle leggi per pubblico vantaggio (*L.* 7 § 1 *D. iust. et iur.*); ed in siffatto senso si debbono interpetrare l' espressioni di Giustiniano (*Nov. XXV. praef. e nov. XXVI.* c. 1. § 1.) allorchè dà a'pre-

---

(*a*) Con ragione gli autori più accurati distinguono da questi privilegi i BENEFICI DELLA LEGGE, sì *generali*, come i benefiei di restituzione in intiero, d' inventario, d' ordine, di divisione; che SPECIALI ad ona data classe d' individui, come alle femmine, agli studenti, al fisco, ai collegi, alle corporazioni: detti alle volte DRITTI SINGOLARI ed impropriamente *privilegiati* (CUJAC. *obs. lib.* 15. c. 8.).

(*b*) I primi furono vietati dalle leggi delle XII tavole (CICER. *pro domo cap.* 18.). Sovente però furono emessi da tribuni sediziosi (CIC. *pro domo ap.* 17), ed in seguito da'principi (L. 2. *in fin. D. de his qui sui, vel alieni* jur. L. 28. § 3 *D. de paen.* L. *ult. D. si quis a par man.*). Siccome un buon principe quasi mai ne emette, molto meno il giudice si deve mostrare più dolce o più severo della legge, perchè i privilegi sono costituzioni del solo principe (§ 60) (L. 8, § 2, c. ad L. *Iul. de vi publ. et priv.*). Ecco perchè è inescusabile la severità che mostrò Galba, ancora proconsole, di cui parla SVETONIO nella sua vita, cap. 9.

legislatores vocantur. Unde tot actiones praetoriae *et* aedelitiae, *interdicta, restitutiones in integrum, bonorum possessiones. Quae omnia initio usu fori comprobata, denique iuris scripti auctoritatem propter vetustatem obtinuerunt* (*CIC.* de invent. L. 2 c. 22) *maxime postquam compilata sunt* Edicta perpetua.

§. 66. *EDICTUM PREPETUUM* praetorium *vel urbanum auspiciis Hadriani compilavit Salv. Iulianus* (Const. tanta §. 18. de confirm. Digest. *EUTROP.* Hist. Lib. 8. c. 9.) Edicti provincialis perpetui *auctor ac aetas ignorantur, nisi quod et illud DODWELL* (prael. Cambden. VIII. §. 10 p. 335), *sub Hadriano; Ez. SPANHEM sub Marco in lucem editum esse suspicatur* (*in* Orb. Rom. Exerc. II. § 12 p. 97.) (*a*) *Utrumque periit, nisi quod ex iis multa in Digesta migrarunt, quemadmodum et tria edicta aedilitia in iis supersuut* (L. 27 §. 28 D. ad leg. Aquil. L. 1. §. 1. *et* L. 38. L. 40. seq. D. de aedil. edict.)

§. 67. *Denique et RESPONSA PRUDENTUM ad ius scriptum referuntur* (§. 45) *id est*, sententiae eorum, quibus permissum erat, (*b*) de iure respondere (§. 8, Inst. h. t.).

§. 68. *Ex ICtorum illis interpretamentis, responsis, disputationibus, multa nata sunt iuris capita, veluti legitima patronorum tutela, querela inofficiosi, actiones utiles, legis actiones et actus legitimi, etc.* (*Leg.* 2 §. 8 D. de orig. iur.).

§. 69. *Dicebantur vero LEGIS ACTIONES*: (*c*) 1 *formu-*

(*a*) *Neutrum tamen satis expeditum est. Mihi proconsulare ac praetorium unum idemque fuisse videatur, et vocabulis tantum discrepasse. Nam CAIUS in* Comment. ad Edictum provinciale *eundem ordinem servat, quem servarunt Icti, qui edictum praetoris illustrarunt; quin promiscue modo* praetorem, *modo.* proconsulem *ait edicere, quoties verba edicti citat.* (*Vid.* L. 4 D. quod quisque iur. in alto statuer. L. 1 D. si quis caut. L. 1 § 2 D. quod cuiusq. univ.).

(*b*) *Permissum vero id erat initio omnibus, quibus studiorum esset fiducia* (L. 2 § 47 D. de orig. iur.). *postea Augustus certis tantum hominibus eam facultatem respondendi concessit, obstrinxitque iudices, ne ab eorum sententiis discederent* (§. 8 Ins. h. t.). *Ast Hadriani temporibus denuo haec facultas non peti, sed praestari solebat* (d. L. 2 §. 47. D. de orig. iur.). *Postremis tamen temporibus denuo principis beneficio indultam esse, exemplum Innocentii ICti docet apud EUNAP* (*in vitâ* Chrysant. p. 286.)

(*c*) *Elegans est coniectura. Guil. Marani, qui* ad L, 77 D. de reg. iur. oper. tom. 2 pag. 620 *LEGIS ACTIONES dictas esse putat, quae nonnisi lege latâ, adeoque apud populum, explicari potuerint. Id enim saltim de adrogatione tradit Gell.* (Noct. Attic. l. 5 c. 19) *de testamentis Iustinianus* (pr. Inst. de testament. ordinand.). *Postea tamen quibusdam magistratibus eam facultatem datam esse specialibus legibus, ut apud eos esset legis actio, eoque facto pristinum nomen nihilominus mansisset* (*Conf. Auct.* His. iur. l. 2 c. 3 §. 45) *qui simul* §. 46 *eleganter de actibus legitimis eorumque differentia ab actionibus legis eleganter disputat.*

tori il titolo di *legislatori*. Da ciò derivarono tante *azioni pretorie e edelizie*, gl'*interdetti*, le *restituzioni in intiero*, il *possesso dei beni*. Tutti questi dritti, da principio sanzionati coll' uso del foro, acquistarono in seguito forza di dritto scritto per la loro antichità (CIC. *de invent. L. 2. c. 22.*) ed in particolare dopochè furono compilati gli *editti perpetui*.

§. 66. Salvio Giuliano (*Const. tanta*, § 18, *de confirm. Digest*, *EUTROP. lib.8. Ist. c.9*) sotto gli auspici d'Adriano compilò l'EDITTO PERPETUO PRETORIO o URBANO. Ignorasi poi l'epoca e l'autore dell' *editto provinciale perpetuo*, che DODWEL (*Praelect. Cambden. 8*, § 10 *p.* 335) sospetta emanato sotto Adriano e EZECH. SPANEM sotto Marco-Aurelio (*Orb. Rom. Exerc.* 2, § 12, *p. 97*. (*a*). Entrambi sono periti, eccetto molti frammenti, che vennero inseriti nel Digesto, come i tre *editti edilizi* che ne restano (*L. 27, § 28 D. ad leg. Aquil. L 1. § 1. e L. 38, D. de aedil.edict. e L. 40, D. eod.*),

§. 67. Finalmente *i responsi de' prudenti* riferisconsi anche al dritto scritto, (§. 45), *cioè il parere di coloro a' quali era* (*b*) *permesso di rispondere sulla legge* (§ 8. *Just. h. t.*).

§. 68. Da quelle interpetrazioni dei giureconsulti, loro risposte e discettazioni derivarono diversi punti di dritto, tali che la tutela legittima dei patroni, la querela d' inofficioso testamento, le azioni utili, le azioni della legge, e gli atti legittimi (*L. 2, § 8. D. de orig. iur.*).

§. 69. *Azioni della legge* (*c*) si dicevano 1.° *le formule*

(*a*) Intanto nè l' una e nè l' altra di siffatte opinioni è plausibile. Mi sembra che l' editto proconsolare e quello pretorio sieno la stessa cosa e che non differiscano che di nome; avvegnachè CAJO nel suo Commentario sull' editto provinciale serba lo stesso ordine tenuto da' giureconsulti che commendarono l' editto pretoriano; che anzi, allorchè cita le parole dell' editto, asserisce indistintamente che ora è il *Pretore*, che ora è il *Proconsole* che prescrive (Veg. 2 4, *D. quod quisq jur. in alt statuer.* L. 1, *ff si quis caut.* L. 1 § 2, *D. quod cujusq. unio.*).

(*b*) Sul principio ciò era permesso a tutti coloro che consacravansi alla scienza del dritto (L. 2. § 47 *de orig. jur.*). In seguito Augusto non accordò che soltanto ad alcuni individui questa facoltà di rispondere sulle difficoltà del dritto, ed astrinse i giudici a non dipartirsi dal loro parere (§ 8, *Inst.*h.t.). Da Adriano in poi siffatta facoltà non domandavasi al principe, ma ciascuno se la prendeva da sè (d. L. 2, § 47, *de orig. jur.*). Finalmente negli ultimi tempi di nuovo un tal favore non si accordava che dal principe, come lo dimostra l' esempio del giureconsulto INNOCENZIO (*Eunap. in vita Chrysanth.* p. 286.).

(*c*) Ingegnosa assai è la congettura di GUGL. MARANO sulla legge 77, *D. de reg. jur.* 1, 2, p. 620. Egli opina che AZIONI DELLA LEGGE erano quegli atti che dovevano esser fatti con una legge, per conseguenza innanzi il popolo. Ciò almeno riferisce AULO GELLIO (*Notti Attiche lib.5.* cap. 19) circa l' arrogazione; e GIUSTINIANO dei testamenti (pr. *Inst. de test. ordin.*); benchè in seguito per particolari leggi venne ad alcuni magistrati conferita siffatta facoltà, e ciò nonostante si ritenne l' antico nome (Veg. la nostra *Istoria del dritto romano, lib.* 1 § 45.) ed anche il § 46 ove accuratamente parlasi degli atti legittimi e della loro differenza dalle azioni della legge.

lae et conceptiones verborum, quibus inter se homines disceptabant (L. 2 §. 6 D. de orig. iur.). *II. Quilibet actus tum voluntariae tum contentiosae iurisdictionis, apud magistratum etiam incopetentem, apud quem legis actio erat, solemni ritu certisque formulis explicandi, veluti manumissio, adoptio, emancipatio, cessio in iure* (L. 3 D. de offic. procons. , L. 4 D. de adopt. L. 1. D. de offic. iurid.).

§. 70. *ACTUS vero LEGITIMI erant* negotia, publice vel privatim, vel solemniter nec tamen coram magistratu, apud quem legis actio erat celebranda (*a*). *Actiones legis omnes, legitimique actus ex parte*, (*b*) *nec conditionem, nec diem, nec procuratorem admittebant, veluti mancipatio, acceptilatio, haereditatis aditio, servi optio, tutoris datio* (L. 77 L. 123 pr. D. de reg. iur.), *nec iterari poterant* (d. L. 123), *nec a pupillo explicari, sine tutoris auctoritate* (L. 19 D. de auct. tut. *Addatur SCIP. GETIL.* de iurisd. L. 1 c. 34 p. 144.).

§. 71. *Hactenus de iure scripto. NON SCRIPTUM* (§. 44) *seu consuetudo*, est ius tacito populi suffragio (*liberâ adhuc republicâ, vel tacito consensu principis, sub statu monarchico*) introductum (L. 32 §. 1 D. de legib.). *Qui enim iuri scripto, idem et non scripto dat auctoritatem, id est, summus cuiusque civitatis imperans, quem penes est potestas legislatoria.*

§. 72. *Quum ergo consuetudo sit ius tacito consensu legislatoris introductum* (§. 71), *consequens est* : 1, *ut quaestio facti sit, an consuetudo huiusmodi in rep. inoleverit? quod ex diuturnitate temporis, et actuum uniformium frequentiâ probandum* (L. 1 C. quae sit long. consuet. L. 34 D. de leg.). *II. Ut introductae eadem vis sit, ac ipsius legis* (§. 9 Inst. h. t. L. 32 §. 1 De legib.). *III. Ut et legibus anterioribus deroget, et easdem plane tollat* (L. 32 §. 2 D. de legib. §. 2 Inst. h. t.). *IV. Ut, si qua consuetudo rectae rationi et bonis moribus repugnet, non praesumatur a legislatore probari* (L. 39, D. de legib. c. 1 2 3 7 10 11 X. de consuetud.).

§. 73. *Quum vero tot species iuris scripti ex mutatâ subinde reip. Romanae formâ natae sint* (§. 45), *facile patet V eas hodie fere extra usum esse. Hodie itaque LEX est* praeceptum commune summi imperantis, obligans cives, ut ad eius normam actiones suas componant.

(*a*) *Sic legitimus actus erant tutoris datio* (d. l. 77, D. de reg. iur.) *et tamen etiam legatus procons. apud quem non erat legis actio* (L. 3 D. de offic. procons. tutores dabat L. 15 D. eod. *Conf. PETR. FABRI. Semestr. L. II. c. 22*).

(*b*) *Vulgo omnibus hanc qualitatem tribuunt doctores: sed vide sis JAC. GOTHOFR.* (Comment. ad L. 77 D. de reg. iur.)

e l' ordine delle parole colle quali gli uomini discutevano tra loro (*L.* 2. §. 6. *D. de orig. iur.*); 2.° alcuni atti di giurisdizione sì volontaria che contenziosa davanti il magistrato anche incompetente, presso del quale poteasi esercitare l' azione della legge, e che doveano celebrarsi colla solennità di talune determinate formole, come la manumissione, l' adozione, l' emancipazione, la cessione legale (*L.* 3. *D. de off. proneons. L.* 4, *D. de adopt. l.* 1. *D. de off. jurid.*).

§. 70. Gli ATTI LEGITTIMI erano affari *che si dovevano celebrare solennemente in publico, o in privato, senza però esservi presente il magistrato nelle di cui mani era l' azione della legge* (*a*). Tutte le azioni della legge, ed in parte (*b*) gli atti legittimi non ammettevano nè condizione, nè giorno, nè procuratore; come l' alienazione, la quietanza, l' accettazione dell' eredità, l' elezione dei schiavi, la designazione del tutore (*L.* 77. *L.* 123, *pr. D. de reg. iur.*). Siffatti atti legittimi non potevansi reiterare (*d. L.* 123), nè eseroitare dal pupillo senza l' autorizzazione del suo tutore (*L.* 19, *D. da auct. tut.* Aggiungasi SCIP. GENT. *de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 34, *p.* 144).

§. 71 Fin qui del dritto scritto. Il DRITTO NON SCRITTO (§. 44.) o la *consuetudine è un dritto introdotto col tacito consenso del popolo* (allorchè vigeva la republica), *o col tacito consenso del principe* nello stato monarchico (*L.* 32 §. 1, *D. de leg.*); imperocchè chi dà vigore al dritto scritto, lo dà del pari al non scritto, cioè il sovrano di ciascuno stato, presso del quale è il potere legislativo.

§. 72 Essendo la consuetudine un dritto introdotto con tacito consenso del legislatore, ne segue: 1.° che sia una quistione di fatto se una consuetudine sia o no introdotta nello stato; lo che si comprova colla continuazione del tempo, o colla frequenza degli atti uniformi (*L.* 1, *C. quae sit. long. cons. L.* 34, *D. de leg.*); 2.° che introdotta una volta ha la stessa forza della legge (§ 9, *Just. h. t. L.* 32. § 1, *D. de leg.*); 3.° che deroghi alle leggi anteriori ed affatto le abolisca (*L.* 32, § 1, *D. de leg.* § 2, *Inst. h. t.*); 4.° che se qualche consuetudine repugna alla retta ragione ed ai buoni costumi si presuppone non essere stata approvata dal legislatore (*L.* 39, *D. de leg. cap.* 1, 3, 7. 10, 11 *X. de consuetud.*).

§. 73. Nate tante specie di dritto scritto col successivo cambiamento della Romana republica (§. 45.), chiaro apparisce 5.° che le stesse oggi sono quasi disusate. Sicchè ora la LEGGE *è un precetto generale del sovrano, che obbliga i cittadini di conformare le loro azioni a ciò che prescrive.*

(*a*) Così la designazione del tutore era un atto legittimo (L. 77, *D. de reg. jur.*); intanto anche il luogotenente del proconsole, presso del quale non si potea esercitare l' azione della legge (L. 3, *ff de off. procos.*), assegnava pure i tutori (L. 15, *D. eod.* Veg. 6. Fabea *Sem. lib.* 2, c. 22.).

(*b*) È ona qualità che i dottori comunemente attribuiscono a tutti gli atti legittimi (vedete GIAG. GODOFREDO, *Comm. ad* L. 77, *de reg. jur.*)

§. 74. *Caeterum, omne ius vel ad PERSONAS, vel ad RES, vel ad actiones pertinet* (§. ult. Inst. h. t.). *Unde iam hoc libro primo*, de iure personarum; *libro secundo, tertio, et initio quarti* de iure rerum, *libri quarti capite sexto et sequentibus*, de iure actionum *agitur*.

TITULUS III.

De iure personarum.

§. 75. *HOMO et PERSONA in iure maxime differunt. Homo est*, cuicumque mens ratione praedita in corpore humano contingit. *Persona est* homo, cum statu quodam consideratus.

§. 76. *STATUS* est qualitas, cuius ratione homines diverso iure utuntur: *isque est vel NATURALIS, vel CIVILIS, qui iterum in statum LIBERTATIS, CIVITATIS, et FAMILIAE dispescitur* (L. ult. D. de cap. minut.). *Certissimum ergo iuris axioma est*: quicunque nullo horum trium statuum gaudet, iure Romano, non persona, sed res habetur (§. 75).

§. 77. *Servus itaque est* homo (§. 75): *est etiam persona, quatenus cum statu naturali consideratur* (L. 22 pr. D. de reg. iur.) (§. 76): *sed ratione statûs civilis est* ἀπρόσωπος non est persona (*THEOPHIL.* pr. Instit. de stipul. serv.), personam legibus non habens (*CASSIODOR.* Var. L. 6 c. 8) res mancipi. (*ULPIAN.* Frag. tit. 19 §. 2) inter res, quae in fundo sunt, *comprehensus* (L. 32 §. 2 D. de Legat.) sine capite (§. 4 Instit. de capit. demin.), *immo* pro nullo et mortuo *habendus* (L. 32 et 209 D. de reg. iur.) (a) *quia nec statu familiae, nec civitatis, nec libertatis gaudet* (§. 75 et 76).

§. 78. *Ad priorem ergo personae notionem et statum libertatis* (§. 76) *pertinet prima personarum partitio in LIBEROS et SERVOS, et illorum subdivisio in INGENUOS et LIBERTINOS* (pr. et §. 5. Inst. h. t.).

§. 79. Liberi *a LIBERTATE*, servi *a SERVITUTE dicuntur. Illa est* naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi quid vi, aut iure prohibeatur (§. 1 Inst. h. t.). *Haec contra* constitutio iuris gentium *secundarii* (§. 32), quâ quis dominio alieno contra naturam subiicitur (§. 2 Inst. h. t.) (b).

(a) *His testimoniis addendus locus insignis PASCASII, diaconi romani, de Spiritu Sancto, lib. 2, c. 4, qui saeculo quarto scripsit*: Apud nos homines filius familias juxta patrem, vel servus juxta dominum *persona* proprie locum non habent. *Et quibusdam interjectis*: Persona res juris est; substantia res naturae.

(b) *Utraque haec definitio et antiqua et stoica est* (§. 18). *Quem*

§. 74. Del rimanente, ogni dritto risguarda o le *persone*, o le *cose* o le *azioni* (§. *ult. Just.*, *h. t.*). Laonde nel primo libro si tratterà *del dritto delle persone*; nel secondo, terzo e principio del quarto del *dritto delle cose*; nel quarto dal capitolo sesto e seguenti delle *azioni*.

TITOLO III.

Del Dritto delle persone.

§. 75 L'UOMO E LA PERSONA in dritto sono due obietti differentissimi. *L'uomo è un ente che ha nel corpo umano un' anima ragionevole. La persona è un uomo considerato in un certo stato.*

§. 76 Lo STATO *è una qualità in virtù del quale gli uomini godono di dritti particolari*; desso è NATURALE O CIVILE, e questo secondo suddividasi in STATO DI LIBERTA', DI CITTADINANZA, E DI FAMIGLIA (*L. ult. de cap. minut.*). Quindi l'assioma certissimo di dritto: *chiunque non gode di alcuni di questi tre stati per dritto romano non è persona, ma cosa* (§ 75).

§. 77 Sicchè il servo è un uomo (§ 75); è del pari una persona in quanto che considerasi in uno stato naturale (*L. 22 pr. D. de reg. iur.*) (§ 76); ma nello stato civile non ha *personalità* (*aprosôpos*) (*Theophil pr. Justit. de stipul. serv.*), poichè *la legge non gliel' accorda* (*Cassiod lib. 6, var. cap. 7*); *cosa mancipi* (*patrimoniale*) (*ULP. Fragm. tit. 19 § 1*); *è compreso nel numero degli oggetti che fanno parte di un fondo* (*L. 32*, §. 2 *D. de legat.*); non ha testa (§. 4, *Inst. de capit. demin.*), anzi è risguardato come *non esistente* (*L. 32 e 209 D. de reg. iur.*) (*a*), perchè non gode nè di stato di famiglia, nè di cittadinanza, nè di libertà (§ 75, 76).

§ 78 Ecco perchè la prima divisione delle persone in LIBERI e SERVI, e la suddivisione dei primi in INGENUI ed in LIBERTINI (pr. et § 5, *Inst. h. t.*) appartiene alla prima nozione della persone ed allo stato di libertà (§ 78).

§ 79 I *liberi* traggono tal nome dalla LIBERTA', i *servi* dalla SERVITU'. *La prima è la facoltà naturale che ciascuno ha di fare ciò che gli piace, purchè non sia vietato dalla forza o dal dritto* (§ 1 *Inst. h. t.*); *la seconda per l'opposto è uno stabilimento del dritto delle genti* (secondario § 39) *per lo quale uno contro natura vien sottoposto al dominio di un' altro* (*b*) (§ 2 *Inst. h. t.*).

(*a*) A siffatte testionianze è uopo aggiungere un passo rimarchevole di PASCASIO, diacono romano (*de Spiritu Sancto, lib. 2, c. 4*), che scriveva nel quarto secolo: *Appo noi il figlio di famiglia riguardo al padre, lo schiavo riguardo al padrone non costituiscono persona.* E poco dopo: *La persona è cosa di dritto, l' esistenza cosa di natura.*

(*b*) L' una e l' altra definizione è antica e stoica (§ 18). Imperoc-

§. 80. *Et sane apud Romanos servitus ideo quoque contra naturam esse videbatur, quod esset conditio, quâ homo persona esse desinebat, et in classem rerum redigebatur* (§. 76 77).

§. 81. *Servi vero aut* nascuntur, *aut fiunt.* *NASCUNTUR ex ancillis nostris* (§. 44 Instit. h. t.) *quia servi sunt res* (§. 77), *et ex iuris principiis foetus, tamquam accessio ventris, ad dominum ventris pertinet* (§. 19 Inst. de rer. div. L. 6 D. de adquir. rer. dom. (*Vid. infra* §. 356 *seq.*).

§. 82. *FIUNT servi vel ex* iure gentium, *vel ex* iure civili. *EX IURE GENTIUM per captivitatem, unde* servi *dicti quasi servati* (*a*); *mancipia quasi manucapta* (§. 3. Instit. h. t.).

§. 83. *Ex IURE CIVILI Iustinianeo* (*b*) *in poenam servi fiunt*: 1 *maiores* [illegible]x. *annis, qui se pretii participandi caussâ venumdari possi sunt* (§. 4 Inst. h. t.): 2 *liberti ingrati adversus patronum* (§. 1 Inst. de cap. dem. L. un. C. de ingrat. lib.).

§. 84. *Quia servi e personis res fiebant* (§. 80): *recte sane dicitur, nullam eatenus in eorum statu esse differentiam* (§. 5 Inst. h. t.), *quamvis negari nequeat, varia eorum officia, variosque ordines occurrere, et alium servum altero liberalius habitum immo et paullo tolerabiliorem fuisse conditionem STA-*

---

admodum enim Stoicis omnes homines natura liberi erant; adeoque servitus naturae repugnare videbatur (*MERILL. Obs. L. I. c.* 15); *ita et idem sentiebant ICti* (L. 4 D. de iust. *et* iur. L. 32 D. de reg. iur.). *Servitutis vero definitio totidem pene verbis apud Stoicos legitur* (*Vid. ARRIAN* Diss. Epictet. L. II. c. 1 *et* L. IV. c. 1. *SIMPLIC.* Comment. ad *EPITECT.* Enchir. c. 2 *PERS* Sat. V. *et* ibi *CASAUB.*).

(*a*) *Etymologia vere Stoica. Solebant enim Stoici, eorumque exemplo ICti, loco etymologiarum grammaticulium, allusiones quasdam satis aliquando contortas dare. Talis est etymologia testamenti* (pr. Inst. de testam. ordin.) *mutui* (L. 2 §. 2 D. de reb. cred), *peculii* (L. 5 §. 3 D. de pecul.), *redhibitionis* (L. 21 pr. D. de AEdil. edict.), *divortii* (L. 2 pr. D. de divort. (*Conf. de iureconsultorum etymologiis SCIP. GENTIL.* Origines, *MENAG.* Amoen. iur. civ. cap. 39, *et CAR. ANDR. DUKERIUS.* de *V. C.* Latinit. veter. ICtorum p. 25, 27, 462.

(*b*) *Antiquo enim iure etiam servi fiebant:* 3 *qui censum vel militiam subterfugerant* (*CICER.* pro Caecin. cap. 34): 4 *ad supplicium capitale damnati, vel servi poenae* (§. 3 Inst. quib. mod. ius. patr. potest. solv.;) 5 mulieres liberae *servorum alienorum amore bacchantes, ex SC. Claudiano:* 6 *qui ab alio adserti, praestitâque cautione per edictum citati, intra annum se haud stiterant. Sed census et militia lecta tempore Iustiniani pridem ab usu recesserant; servitutem poenae, quod ad favorem et successionem cognatorum attinet, ipse sustulit Iustinianus* (Nov. XXII. c. 8.) *nec non SC. Claudianum* (L. un. C. de SC. Claudian. toll.) *Adsertionem idem admodum restrinxit* (L. 1 *et* 2 C. de adsert. toll. *Vid. CUIAC.* Paratitl. c. eod.)

§ 80 Presso i Romani perciò la servitù sembrava contraria alla natura, perchè era una condizione per la quale l'uomo cessava di essere una *persona* e passava tra le *cose* (§ 76 77).

§ 81 Servo o si NASCE, o si DIVIENE. SI NASCE dalle ancelle (5 § *Inst. h. t.*), perchè i servi sono delle cose (§. 77), e perchè, dietro i principii del dritto, il feto, come accessorio del ventre, appartiene al padrone del ventre (§ 19 *Inst. de rer. div. L. 6. D. de adquir. rer. domin.*, e Veg. più in basso, § 356).

§. 82 Si ADDIVIENE servo o per *dritto delle genti* o *per quello civile*. Col primo in vigore di una *cattività* onde si chiamano servi quasi *servati* (*a*) e schiavi (*mancipia*), come presi per mani (*quasi manucapta*) cioè colla forza (§ *3 Inst. h. t.*).

§. 83 Per DRITTO CIVILE giustinianeo (*b*) divenivano servi in pena, 1.° i maggiori di anni 20, che per danaro esponevansi alla vendita (§ 4, *Inst. h. t.*); 3.° i liberti ingrati verso i loro padroni (§ 1 *Inst. de cap. dem. L. un. c. de ingrat. lib.*).

§ 84 Poichè i servi da *persone* divenivano *cose* (§ 80), ragionevolmente si dice che nel loro stato non vi è alcuna differenza (§ *5 Inst. h. t.*), benchè non si possa negare che vi fossero tra loro attribuzioni ed ordini diversi; che un servo non venisse trattato più liberalmente di un altro, che anzi più tollerabile fos-

---

chè, siccome, secondo i Stoici, tutti gli uomini erano naturalmente liberi, e la servitù sembrava ripugnare alla natura (MERILL. *observ. lib.* 1. c. 15), così nella stessa guisa la sentivano i giureconsulti, che seguivano, come abbiamo detto, i loro dogmi (L. 4, *D. de just. et jure.* L. 32, *D. de reg. jur.*). La definizione della virtù si legge quasi cogli stessi termini presso gli Stoici (V. ARRIANO, *Diss* EPICTET. c. 1, e lib. 4 c. 1. SIMPLIC. *Comm. ad* EPICTET. *Enchir.* c. 2. PERS. *sat.* 5 ed ivi CASAUB.).

(*a*) Etimologia veramente stoica; poichè gli Stoici, ed a loro esempio i giureconsulti, in vece di etimologie grammaticali, adopravano alcune allusioni, talora molto stiracchiate. Tal' è l'etimologia del testamento (*pr. Inst. de test.*); del mutuo (L. 2, § 2. *ff de reb. cred.*); del peculio (L. 5. §. 3, ff de pecul.); della redibizione (L. 21, pr. ff. de stidil. *dicto*); del divorzio (L. 2. pr. *ff de divort.*). Veggasi sull'etimologia dei giureconsulti, SCIP. GENTILE, *Origines*; MENAG. *Amaen. jur. civ.* c. 39 e c. AND. DUKECUS, *de Lat. vet. jur.* c. p. 25, 27, 462.

(*b*) Imperocchè per dritto antico divenivano servi 3.° coloro che sfuggivono il censo o la milizia (CICER. *pro Caecin.* c. 34); 4.° i condannati alla morte, o i servi di pena (§ 3, *Inst. quibus modis jus patr.*): 5.° in virtù del senato-consulto Claudiano le donne libere innamorate perdutamente dei servi altrui; 6.° coloro, che pretesi servi da un altro e citati per editto, previa cauzione, non si presentavano in giudizio fra un anno. Ma il censo e la coscrizione molto tempo prima di Giustiniano erano già disusati. La servitù di pena fu del pari abolita dallo stesso Giustiniano per favorire la successione de'cognati (*Nov.* 22, c. 8.); non che il senato-consulto Claudiano (L. 1, c. *de sc. Claud. toll.*). Ristrinse altresì molto l'asserzione (L. 1 e 2, c. *de Pedsert.* Veg. cujac., *Parat.* c. allo stesso titolo.)

TU LIBERORUM, qui statutam in tempus aut conditionem libertatem habebant (L. 9 D. de statu lib.) *et ADSCRIPTITIORUM COLONORUMQUE* (L. 2 *et* 4, C. de agric. *et* cens. *et* ibi CUIAC Nov. CLXII. c. 3.).

§. 85. *Caeterum Germanicae originis gentes semper haec principia ingnorârunt* (*TACIT.* de mor. German. cap 25). *Hinc servos quidem habebant*, *et hodienum passim habent* homines proprios; *sed eos non res esse*, *iudicant*, *verum personas*, *gaudentes iure connubii*, *contractuum*, *et testamenti factionis. Attamen glebae*, *vel fundo adscripti*, *cum fundo venduntur*, *dominisque operas et censum debent*, *nec non quisbusdam locis certam pecuniam pro libertate matrimonii*, *et praecipuum ex haereditate*, *veluti optimum caput*, *optimas exuvias*, *etc.* (*Vid. HARPRECHT.* Tract. de iure mortuar., *et POTGIESSERI* Tract. de statu et cond. ser. in Germania). *Et hactenus serviunt* : *reliqua sibi adquirunt.*

§. 86. *HI quoque vel* nascuntur, vel fiunt. *NASCUNTUR ex ancillis*, *FIUNT non quidem per captivitatem*, *sed alibi per* addictionem voluntariam, *alibi per* nuptias *cum alienâ ancillâ*, *alibi per* solam habitationem, *domiciliumque iis locis constitutum*, *ubi valet adagium*: Aer servos reddit, Die Luft macht eigen, *veluti in Algoviâ*, *Sveviae tractu* (*Vid. HERT. et THOMAS.* Diss. de homin. propr. *POTGIESS.* Tr. cit. *Conf. quoque* Elem. nostr. iur. Germ. L. I. tit 1.)

§. 87. *Haec* de servis. *His oppositi LIBERI*, *quum in* ingenuos, *et* libertinos *distinguantur* (§. 87) *de illis Titulo IV.*, *de his Titulo V. agitur.*

TITULUS IV.

De ingenuis.

§. 88. *INGENUI* (*qui et* κατ' ἐξοχὴν, liberi dicuntur (*a*)) *a* gignendo *nomen habent*, *quasi quibus ingenita est libertas*; *vel ut ISIDOR.* (Orig. l. 9 c. 4), quasi qui in genere habent libertatem, non in facto.

§. 89. *Ingenuus itaque est*, qui, statim ut natus est, liber est (pr. Inst. h. t.).

§. 90. *Quum vero ad natales hic respiciatur*, *favore inge-*

(*a*) *Exemplum est in* L. 4 D. de iust. *et* iur, *ubi ULPIANUS. invicem opponit* liberos, servos, *et tertium genus* libertos. *Quae observatio prodest ad textus aliquot paullo difficiliores explicandos*, *e. g.* L. 2 pr. C. Th. de liberali caussâ.

se la condizione de' servi detti *statu liberi*, i quali godevano della libertà per un dato tempo, o sotto condizione (*L. 9. D. de statu lib.*), non che degli ASCRITTIZI, e dei COLONARI (*L. 2 e 4. c. de agric. et cons. e ivi CUJAC., Nov. CLXVI c. 3.*).

§. 85 Del rimanente i Germani d' origine ignorarono sempre siffatti principii (*TACIT.*, *de mor. Germ.*). Avevano de' servi, ed attualmente altresì in molti luoghi hanno degli uomini che li appartengono: ma non li risguardano però come *cose*, ma come *persone* che godono del dritto del matrimonio, dei contratti e dei testamenti. Nondimeno attaccati alla gleba od al fondo possonsi collo stesso vendere; debbono ai loro padroni le fatiche ed il censo, ed in alcuni luoghi pagano una certa somma per la libertà del matrimonio, ed una anticipazione per l' eredità come ottimo capitale, i migliori effetti (*V. HARPRECHT, Tract. de iure mortuar.*, e *POTGIESSER*, *Tract. de statu et cond. serv.*). Ecco in che sono schiavi, il resto l'acquistono per loro stessi.

§. 86. Siffatte specie di uomini ancora *nascono* tali o vi *divengono*. NASCONO dalle ancelle; lo DIVENGONO non per cattività, ma in alcuni luoghi per assoggettamento volontario, in altri per lo matrimonio con donne serve altrui; in altri per la sola abitazione e per lo stabilimento di domicilio in luoghi ov' è ricevuto questo proverbio: *L' aria produce i servi « Die Lust Macht Eigen «* come in Algovia, cantone della Svevia (*V. HERT.* e *THOMAS*, *Diss. de homin. propr*, leggonsi ancora gli *Elementi del nostro dritto Germanico L. 5. t. 1.*).

§. 87. Ecco ciò ch' era da dirsi su' servi; ad essi sono in opposizione i LIBERI, che si distinguono in *ingenui* ed in *libertini* (§. 78): si tratterà dei primi nel titolo IV, dei secondi nel V.

TITOLO IV.

Degl' Ingenui.

§. 88. Gl' INGENUI, che diconsi *liberi* per eccellenza (*kat' exochên*) (*a*) traggono siffatta denominazione a *gignendo*, cioè esser nato libero, avere la libertà innata; o, secondo ISIDORO (*Orig. l. 9. c. 4.*) *hanno la libertà congenita e non già nel fatto.*

§. 89. Ingenuo dunque è *colui che appena nato è libero* (*pr. Inst. h. t.*).

§. 90. Siccome qui si ha riguardo ai natali, a favore del-

(*a*) Se ne ha un esempio nella L. 4 *de sust. et jur.* ove ULPIANO oppone tra loro i *liberi* e i *servi*. Siffatta osservazione è utile per ispiegare alcuni testi alquanto difficili; per esempio la L. 1. *pr. C. Theod. de liberali caussa.*

nuitatis invaluit axioma : ingenuus est quicumque est natus e matre, quae tempore vel conceptionis, vel partûs, vel intermedio, dum uterum gessit, saltim per momentum libera fuit (dict. pr. Inst. h. t.).

§. 91. *Ex quo consequitur* : 1 *ut ingenuus nascatur ex parentibus libertinis* ; 2 *nec non ex liberâ et servo* ; 3 *item vulgo quaesitus, si mater sit mulier libera* : (*a*) 4 *Ut non officiat ingenuitati manumissio, si quis ingenuus natus iniuste in servitutem detrusus fuerit* (§. 1 Inst. h. t.) e. g. *a latronibus captus* (L. 13 pr. D. qui testam. fac. poss.) : 5. *Ut liberi, olim permittente iure vetere a patre venumdati, vel noxae dediti nec non obaerati, addicti creditoribus, posteaque manumissi, non libertini essent, sed ingenui* (*QUINTILIAN* Inst. orat. lib. 5 cap. 10. *et* lib. 7. cap. 3 Declam. 311, 340 *et* 342.).

§. 92. *An quis statim, ut natus est, liber fuerit, facti quaestio est* : *super quibus facti quaestionibus quum jusjurandum et res iudicata pro veritate habeantur* (*L.* 207 D. de reg. iur. L. 8 C. de reb. cred.) *consequens est*, 6 *ut et libertinus habeatur ingenuus, qui sententiâ iudicis ingenuus pronunciatur* (L. 25 D. de stat. hom.), *nec non* : 7 *qui deferente patrono iuravit, se ingenuum esse* (L. 30 §. 4. D. de iureiur). *Quod ad statum ingenuorum attinet, eâ de re plura diximus in* Elem. iur Germ. lib. 1, tit. 3.).

TITULUS V.

De Libertinis.

§. 93. *Hactenus de* ingenuis. *LIBERTINI*, (*b*) *his oppositi, sunt*, qui ex iusta servitute (§. 91. 4) manumissi sunt (pr. Inst. h. t. L. 6 De stat. hom.).

§. 94. *MANUMISSIO est* de manu datio (pr. Inst. h. t) Manus *autem potestatem denotat in iure nostro, ut et olim veteribus* (*Vid. LIV.* Lib. 34 cap. 11.). *Quum enim servi essent res* (§. 77), *dubium non erat, quin domini dominio suo se abdicare, adeoque servis libertatem reddere possent.*

(*a*) *Quamvis enim alias liberi sequantur conditionem patris* : *id tamen non procedit extra nuptias, quia sine iis pater non intelligitur. Unde extra matrimonium conditio matris spectatur* (L. 19 et 24 de stat. hom.).

(*b*) Libertini *dicuntur ratione statûs*: liberti *in relatione ad patronos. Illi sunt* ἀπελερικόι, hi ἀπελευθερικοι (*Vid. LAVR. VALL.* Elegant. Lat. Lingu. L. IV. c. 1). *Olim tamen libertus erat manumissus, libertinus e liberto natus* (*SUETON.* Claud. c. 24.)

l'ingenuità prevalse l'assioma: *è ingenuo chiunque nasce da una madre, la quale nell' atto del concepimento, o del parto, o nel tempo intermedio della gravidanza, fosse stata anche per un momento libera* (*D. pr. Inst. h. t.*).

§. 91. Dal che ne segue: 1.° che l' ingenuo può nascere da genitori libertini; 2.° ed anche da una donna libera e da un servo; 3.° che è lo stesso di un ragazzo il cui padre fosse inoognito, e la madre è libera (*a*); 4.° che la manumissione non distrugge l' ingenuità, se qualche ingenuo ingiustamente sia divenuto servo (§ 1 *Inst. h. t.*), per esempio, preso dai briganti (*L.* 13. *pr. D. qui testam. facer poss.*); 5.° che i figli venduti dal padre, come l' antico dritto permetteva, o dato in riparazione de' danni, non che i debitori aggiudicati a' creditori, e quindi manomessi, non erano *libertini*, ma *ingenui* (*QUINTILIAN. Inst. orat. lib.* 5. *cap.* 10 *e lib.* 7 *cap.* 3 *Decl.* 311 340 *e* 342).

§. 92. Se uno appena nato sia libero è quistione di fatto; e su di ciò, avendosi il giuramento e la cosa giudicata come una verità (*L.* 207. *D. de reg. iur. L.* 8 *c. de reb. cred.*) ne segue: 6.° che un libertino si ha per ingenuo allorchè è dichiarato tale con sentenza del giudice (*L.* 25 *D. de stat. hom.*); del pari 7.° si ha per tale colui, che ad istanza del suo padrone, abbia giurato che sia un ingenuo (*L.* 30 §. 4 *D. de iureiur.*). In quanto a ciò che concerne lo stato degl' ingenui ne abbiamo parlato abbastanza negli Elementi del dritto germanico (*lib.* 1 *tit.* 3.).

TITOLO V.

De' Libertini.

§ 93. Finora degl'*ingenui*. Ad essi oppongonsi i *libertini* (*b*), cioè *quelli che sono stati manumessi* (*pr. Inst. h. tit. L.* 6. *D. de statu hom.*) *da una legittima servitù* (§ 92, IV).

§ 94. La MANUMISSIONE, è l' uscire dalla potestà altrui (*de manu datio*) (*pr. Inst. h. t.*). In dritto *mano* dinota potestà come lo significava presso gli antichi (*V. LIV. lib.* 34 *cap.* 11). Imperocchè, i servi essendo delle cose (§ 77), non vi era dubbio che i padroni potevano rinunziare al loro dominio e rendere così ad essi la libertà.

(*a*) Benchè i figli seguono in altre cose la condizione del padre, pure nondimeno ciò non ha luogo fuori del matrimonio, senza di cui non si conosce paternità. Sicchè in tal caso deesi aver riguardo alla condizione della madre (L. 19 e 24 *D. de statu homin.*).

(*b*) Chiamansi *libertini* in ragione dello stato; *liberti* relativamente ai loro padroni. I primi sono manumessi (*apeleutheroi*), gli altri sono dell' ordine de' manomessi (*apeleutherikoi*) (Veg. LORENZO VALLA, *lib.* 4, *Eleg. Lat. Ling.* c. 1). Anticamente però il *liberto* era il manumesso, ed il *libertino* il figlio di un manumesso (*Svet.* Claud. c. 24.).

§. 95. *Modi manumittendi* veteres, et solemnes *erant CENSUS, TESTAMENTUM, VINDICTA* (*CIC.* in Top. c. 2, *ULPIAN.* Frag. tit. 1. §. 8.). *Sed quum* census lustralis *iam a Vespasiani temporibus ab usu recessisset* (*CENSORIN.* de die nat. cap. 18) *nisi quod eum longo intervallo interiecto repetierat Decius* (*TREBELL. POLL.* in Valerian.). *Costantinus M. in eius locum substituit manumissionem IN SACROSANCTIS ECCLESIIS ut apparet ex duabus codicis legibus* (L. 1 et 2 C. de his, qui in Ss. Eccl.) *quae solae restant ex tribus constitutionibus, quas eum in hanc rem edidisse tradit SOZOM* (Hist. Eccl. lib. 1 c. 9). *Hinc omisso censu, hunc tantum modum reliquis accenset Iustinianus* (§. 1 Inst. h. t.).

§. 96. *Modi* novi et minùs solemnes *erant plures (a)*; *veluti PER EPISTOLAM, INTER AMICOS* (§. 1 Inst. h. t.); *PER CONVIVIUM* (*CAI.* Inst. lib. 1 tit. 1 §. 2); *PER NOMINATIONEM FILII* (§. 12 Inst. de adopt.).

§. 97. *PER CENSUM LUSTRALEM liberabantur servi, qui nomen suum in censum, iussu domini, conferebant* (*ULP.* Fragm. tit. 1 §. 8,) *ac deinde intererant lustro* (*CIC.* de Orat. lib. 1, c. 40. *Fragm. e veteri ICto* §. 17 *apud CL. SCHULTING.* Iurisp. antiq. anteiust. p. 809.). *Sed hic modus iam Iustiniani tempore pridem ab usu recesserat* (§ 95).

§. 98. *IN SACROSANCTIS ECCLESIIS liberabant servos, qui die imprimis paschalis* (*GREG. NYSSEN.* Orat. II. de resurr. Christi lib. 7 C. de fer.) *sub adspectu plebis, adsistentibus Christianorum antistibus, ita manumittebant, ut propter facti memoriam vice actorum recitaretur libellus solemnis, vel scriptura, in quâ ipsi vice testium signarent* (L. 1, C. de his qui in Ss. Eccl. *Conf. IAC. GOTHOFRED.* ad L. un. C. Th. lib. 4 tit. 7 pag. 355 tom. 1.).

§. 99. *TESTAMENTO servus manumittitur quia servi sunt res* (§. 77), *et de rebus cuique legare permittit lex XII. Tabularum* (L. 120, D. de verb. sign.). *Fit hoc vel DIRECTE, vel* per *MODUM FIDEICOMMISSI.* Directe *ipse testator manumitit: vel EXPRESSE*: Stichus liber esto; *vel TACITE*: Stichus haeres, vel tutor liberorum meorum esto. *Dum enim vo-*

(a) *Cave enim existimes, hos solos fuisse. Liberae enim v. g. fiebant ancillae, quas dominus matronali habitu ornaverat. Liberi credebantur servi, qui volente domino tabulas signaverant* (*QUINTIL.* Declam. 341 et 342); *vel quos dominus domi dexterâ prehensos circumegerat* (*APPIAN.* de bello civ., lib. 1.) *Sic puerum liberum indicatum novimus, cui bullam et praetextam togam imposuerant venalitii* (*SUETON.* de clar. rhet. c. 1 *Conf. MERILL. Obs. lib. 7 cap. 14.*).

§. 95. I modi antichi e solenni di manomettere erano il *censo*, il *testamento*, *la dichiarazione del pretore* (*VINDICTA*) (*CIC. in Top. c.* 2. *ULPIAN. Frag. tit.* 1 § 8.). Ma siccome il *censo lustrale* disusato fin da' tempi di Vespasiano (*CENSORINO de die nat. cap.* 18.), e ristabilito molto dopo da Decio (TREBELL. POLL. *in Valerian.*), Costantino il Grande vi sostituì la manumissione nella S. CHIESA (*L.* 1. *e* 2. *de his, qui in Ss. Eccl.*), come apparisce da due leggi del Codice, le sole che restano delle tre costituzioni dallo stesso promulgate su tale oggetto, secondo riferisce *SOZOMENE* (*Ist. Eccl. lib.* 1. *c.* 9). Ecco perchè Giustiniano, omesso il censimento, aggiunge agli altri modi quello della manumissione nella S. Chiesa (§ 1 *Inst. h. t.*).

§. 96. Le nuove forme e meno solenni di manomettere erano molte (*a*), come per via di *LETTERA TRA GLI AMICI* (§ *Inst. h. t.*); *NE' CONVITI* (*CAI, Inst. lib.* 1 *tit.* 1 § 12); *PER LA QUALIFICAZIONE DI FIGLIO.*

§. 97. Pel CENSO LUSTRALE divenivano liberi i servi che, per ordine del padrone, iscrivevano il loro nome nel censo (*ULP. Fragm. tit.* 1 § 8), ma di poi dovevano intervenire al lustro (*DIC. de orat. lib.* 1 *c.* 40 Fragm. e veteri Icto § 17, presso *CL. SCHULTING*, *Iurisp. antiq. anteiust. p.* 809). Ma siffatto modo molto tempo prima di Giustin. era già disusato (§95).

§. 98. Venivano nelle CHIESE liberati i servi, che nel giorno di Pasqua (*GREG. NYSSEN. Orat.* 11. *de resurr. Christi lib.* 7, *C. de fer.*) alla presenza del popolo coll' assistenza de' vescovi erano manumessi; di modo che per conservare memoria della ricevuta libertà, in vece degli atti, leggevasi una formola solenne, o scrittura in cui gli stessi libertini, facendo da testimoni, vi apponevano la loro firma (*L* 1 *C. de his qui in Ss. Ecel. Veg. GIACOMO GOTOFREDO alla l. un. C. Th. lib.* 4 *tit.* 7, *p.* 355 *tom.* 1).

§. 99. I servi erano manumessi per TESTAMENTO, perchè, essendo risguardati come cose (§ 77) la legge delle XII tavole accordava a ciascuno di disporre del suo avere (*L.* 120 *D. de verb.sign.*). Ciò si faceva o DIRETTAMENTE o per mezzo di *FEDECOMMESSO. DIRETTAMENTE* lo stesso testatore manomette o *ESPRESSAMENTE* in *questo modo: Stico siate libero*; o *TACITAMENTE*; *Stico siate mio erede, o tutore de' miei figli.*

(*a*) Non erano questi i soli modi. Imperocchè le serve divenivano libere allorchè il padrone le faceva vestire un abito di padrona di cosa. I servi divenivano liberi allorchè per ordine del padrone sottoscrivevano un testamento (QUINTIL. *Decl.* 341, 342); o allorchè il padrone prendendoli per la destra nella casa propria li faceva girare intorno intorno (APPIAN. *de bello civ. lib.* 1). Sappiamo che un ragazzo servo era dichiarato libero qualora i mercanti lo decoravano della toga pretesta e dell' ornamento pettorale (SVETON. *de clar. rhet.* c. 1. Veg. MERILL. *Observ.* l. 1, c. 14.).

luit servum suum haeredem, vel tutorem fieri, procul dubio et liberum fieri voluit (§ 2. Inst. qui et ex quib. causs. man. L. pen. C. de necess. serv. her. Inst. qui test. tut. dar. poss. L. 32 §. 2 D. de testam. tut.). Per modum fideicommissi, *quum testator vel haeredi, vel legatorio iniungit, ut servum manumittat* (§. 2, Inst. de reb. sig. per fideic. rel.).

§. 100. *Manumissio per VINDICTAM erat* actio legis (§ 69. 2), *et hinc coram eo magistratu, apud quem erat legis actio, sollemni ritu et formula explicanda* (a). *Quia tamen simul erat actus iurisdictionis voluntaria* (§. 69. 2), *non opus erat, ut pro tribunali fieret, sed videbatur recte manumitti servus, etiam quando praetor aut praeses in balneum, vel in theatrum ibat* (§ 2 Inst. h. t. L. 7 D. de manum. vind.).

§. 101. *Hi modi* sollemnes *sunt manumissionis. PER EPISTOLAM manumissio* sine sollemnitate *fiebat* (§ 96). *Unde et absens hoc modo manumittebatur* (§ 250 *) (L. 38 pr. D. de adquir. vel amitt. possess.). *Postea Iustinianus primus requirebat quinque testium subscriptionem* (L. un. § 1 C. de lat. libert. toll.).

§. 102. *INTER AMICOS manumittebat dominus, quando servum, quinque convocatis testibus, liberum esse iubebat*, (L. un. § 2 C, de Lat. libert. toll.).

§. 103. *Quumque indecorum olim videretur, cum servis accumbere dominum* (Vid. Ant. nostr. Rom. h. t. § 8): *et is PER CONVIVIUM manumisisse censebatur, qui servum adhibuerat mensae* (b), *CAI* (L. I. Inst. tit. 1 §. 2.).

§. 104. *Denique, uti olim servus, a domino adoptatus, liber fiebat, ita Iustinianus auctoritate Catonis aliorumque veteram statuerat, ut is servus, quem dominus, actis intervenientibus, FILIUM SUUM ADPELLAVERAT, liber esset; licet hoc ei ad ius filii accipiendum non sufficeret* (§ 12, Inst. de adop.).

§. 105. *Omnes ita manumissi e servis fiebant liberi, e rebus personae* (§ 76). *Et olim quidem ex instituto Servii Tullii* (*DIONYS. HALIC.* Lib. 4 cap. 126) *una erat omnium*

(a) *Qui ritus in eo consistit, quod dominus servum in gyrum ageret* (*PERS.* Sat. V. v. 75), *colaphum eidem infligeret, et ita percussum manu dimitteret, addita formula : HUNC HOMINEM LIBERUM ESSE VOLO. Quo facto, lictor virgula, quae vindicia, a Vindicio servo ita manumisso, dicebatur* (*LIV.* lib. 2 cap. 5 L. 2 §. 24 D. de orig. iur), *caput servi percutiebat* (*SIDON.* Carm. II. ad Anthim v. 545 *CLAUDIAN.* Consul. Honor. v. 613 seq.).

(b) *Eo nonnulli, sed parum accurate, referunt verba Servatoris,* Luc. XIII. 37.

Imperocchè quando il padrone vuole che il suo servo sia erede o tutore, intende certamente accordargli la libertà (§ 2 *Inst. qui et ex quib. causs. man. L. penult. C. de necess. serv. her. Inst.* § 1. *Inst. qui test. tut. dar poss. L.* 32 § 2 *e de testam. tutel.*). PER MODO DI FEDECOMMESSO allorchè il testatore imponeva all'erede o al ligatario manometiere il servo (§ 2 *Inst. de reb. sing. per fideic. rel.*).

§ 100. La manomissione PER DICHIARAZIONE DEL PRETORE (*per vindictam*) era *un'azione della legge* (§ 69), e perciò con solenne rito e formola si doveva praticare al cospetto del magistrato presso del quale era l'azione della legge (*a*); e siccome era nel tempo stesso un atto di giurisdizione volontaria (§ 69. 2), non era necessario che si praticasse avanti il tribunale, ma sembrava che dessa potea altresì aver luogo, anche quando il pretore od il preside andava al bagno o al teatro (§ 2 *Inst. h. t. L.* 7 *D. de manum. vind.*).

§ 101. Tali sono i modi solenni di manomettere. La manomissione PER VIA DI LETTERE si faceva *senza solennità* (§ 96); di guisa che l'assente poteva essere per siffatto modo manomesso (§ 250 *) (*L.* 38 *pr. D. de adquir. vel amitt. possess.*). In seguito Giustiniano il primo prescrisse la sottoscrizione di cinque testimoni (*L. un.* § 1 *C. de lat. libert. toll.*).

§ 102. Il padrone manometteva, *TRA GLI AMICI*, il servo, allorchè lo dichiarava libero al cospetto di cinque testimoni (*L. un* § 2 *C. de lat. libert. toll.*).

§ 103. Siccome anticamente era disdicevole che il padrone sedesse a tavola coi suoi servi (*V. Ant. nostr. Rom. h. t.* § 8), così presumevasi manomesso per mezzo del pranzo (PER CONVIVIUM) quel servo che veniva ammesso alla mensa del padrone (*Cai L.* 1 *Inst. tit.* 1 § 2) (*b*).

§ 104. Finalmente, siccome un tempo lo schiavo adottato dal suo padrone diveniva libero, così Giustiniano dietro l'autorità di Catone e di altri antichi, statuì, che quel servo, che veniva dal padrone, in un *atto pubblico*, *chiamato suo figlio*, fosse libero, benchè ciò non bastasse per acquistare il dritto di figlio (§ 12 *Inst. de adopt.*).

§ 105. Tutti in tal modo manomessi da servi divenivano liberi, e da cose persone (§ 76), ed anticamente in forza di uno statuto di Servio Tullio (*DIONIGI DI ALICARN. lib.*

(*a*) Questo rito solenne consisteva in ciò, che il padrone faceva girare il suo servo intorno intorno (PERS., sat. 5, v. 75) gli dava una guanciata e lo rispingeva coll'altra mano, pronunciando questa formola: IO VOGLIO CHE QUEST' UOMO SIA LIBERO. Ciò fatto un littore percoteva il capo del servo con una bacchetta chiamata *vindicta* dal servo Vindicio che era stato così manumesso (TITO LIVIO *lib.* 2 c. 5 L. 2, § 24, *D. de orig.*, SIDON. *Carm. II ad Anthim* v. 545. CLAUDIAN. *Cons 4 Honor.* v. 613 e segu.)

(*b*) A ciò taluni rapportano, ma con poco verisimiglianza, le parole del SALVATORE (Luc. 13, 37.)

libertinorum conditio, quoniam omnes non modo libertatem, sed et civitatis Romanae iura consequebantur (*CIC.* pro Corn. Balb. cap. 24.).

§. 106. *Posteaquam autem domini scelestissimos servos ob varias caussas manumittere coeperant* (*DIONYS. HALIC.* ibid. p. 228), *et civitas pessimorum hominum colluvie adfluere videbatur*: *a. u. c.* 755, Sex. Ælio Cato *et* Sentio Saturnino *Coss.*, *lege AELIA SENTIA cautum, ut servi sceleris aut noxae caussâ publice caesi, vincti, torti, aut stigmate usti, ad ferrum damnati, bestiisve obiecti, impetratâ a dominis quocumque modo libertate, non melioris essent conditionis, ac deditiii* (*DIO. CASS.* lib. 55. p. 556, *SUET.* Aug. c. 40, *ULPIAN.* Fragm. tit. 1. §. 1. *CAI.* Inst. lib. 1 tit. 1. §. 3); *id est, ii populi, qui se, divina humanaque omnia Romanis dediderant*, (*CAR. SIGON.* de antiquo iure Ital. lib. 1 c. 1 p. 147.).

§. 107. *Postea ob eamdem caussam. a. u. c.* 771, M. Iunio Silano et L. Iunio Norbano *Coss. latâ lege IUNIA NORBANA sancitum, ut modis minus solemnibus* (§. 96 §. 101 usque ad §. 104) *manumissi, quosve lex AElia Sentia in libertate morari passa erat, non civitatis, sed Latinorum coloniariorum, iura consequerentur* (*ULPIAN.* Fragm. tit. 1 §. 10. *CAI.* Inst. ibid. § 11 *Add.* Comm. nostr. ad leg. Iul. *et* Pap. Popp. lib. 2. c. 10.).

§. 108. *Ex eo ergo tripartitus esse coepit libertinorum status. Alii enim iustam consequebantur libertatem et fiebant CIVES Romani* (§. 105.); *alii LATINI IUNIANI* (§. 107); *alii DEDITITII dicebantur* (§. 106) (§. 3. Inst. h. t.).

§. 109. *CIVES gaudebant iuribus connubii, contractuum, et testamenti factionis, aliisque, quae ad ius publicum et privatum Rom. pertinebant. LATINI participes quidem quodammodo erant iuris commerciorum* (*ULPIAN.* Fragm. tit. 19 §. 4. tit. 20 §. 8): *non autem testamenti factionis, neque iuris connubii, nisi hoc speciatim concessum esset* (*ULPIAN.* tit. 17 §. 1 *et* tit. 5 §. 4.). *DEDITII nullo horum iurium gaudebant, ac ne spes quidem illis supererat, ad meliorem conditionem iustamve libertatem adspirandi*, (*CAJ.* Inst. lib. 1 tit. 1 §. 4.).

§. 110. *Ast Iustinianus primo id discrimen sustulit* (§. *ult.* Inst. h. t. L. un. C. de Lat. lib. toll. *et* L. un. C. de Dedit. lib. toll.), *deinde et ingenuitatem libertinis concessit, et ius aureorum annulorum dedit, adeoque omne fere discrimen ingenuorum et libertinorum abolevit, salvo tamen IURE PATRONUS* (*Nov.* 78. c. 1.).

p. 126), la condizione di tutt' i libertini era la stessa, perchè tutti acquistavano non solo la libertà, ma anche i dritti di cittadino romano (*Cic. pro Corn. Balb. cap.* 24).

§ 106. Ma dopochè i padroni incominciarono a manomettere per vari motivi i servi più scellerati (*DIONIGI D'ALICARNASSO ivi p.* 228.) e la città sembrava inondata da un torrente di malviventi, l'anno di Roma 755, sotto il consolato di *Sesto Elio Catone, e di Cajo Senzio Saturnino* fu prescritto colla legge ELIA SENZIA, che i servi che per reati fossero stati publicamente battuti o incatenati, torturati, o marcati con ferro rovente, o condannati ai ferri, o esposti alle bestie, in qualunque modo ottenessero dai loro padroni la libertà non avessero miglior condizione *de' deditizii* (*DION. CASS. lib.* 55 *p.* 556, *SVET Aug. c.* 40, *ULPIAN. Fragm tit.* 1. § 1. *CAI Inst. lib.* 1, *tit.* 1 § 3.), cioè di quei popoli che eransi con tutti i loro dritti divini ed umani sottoposti al dominio de' Romani (*CAR. SIGON de antiquo jure Ital. lib.* 1 *c.* 1 *p.* 147).

§ 107. In seguito, per la stessa causa, l'anno di Roma 771, sotto il consolato di Giunio Silano e di Lucio Giunio Norbano fu promulgata la legge GIUNIA NORBANA la quale prescriveva che i manomessi con modi meno solenni (§ 96, § 101 sino a 104), e quelli che la legge Elia Senzia avea permesso di restare in libertà, godessero non de' dritti di cittadinanza, ma di quelli delle colonie latine (*ULP. Fragm. tit.* 1 § 10 *CAI Inst. ibid.* § 11 *Aggiunzi il nostro commentario ad leg. jul. et Pap. Popp. lib.* 2 *c.* 10).

§ 108. Da siffatte leggi ne risultarono tre specie di libertini: gli uni acquistavano una libertà completa e divenivano CITTADINI ROMANI (§ 105); gli altri venivano nominati LATINI GIUNIANI (§ 107); gli ultimi in fine DEDITIZII (§ 106) (§ 3 *Inst. h. t.*).

§ 109. I CITTADINI godevano de' dritti di contrar matrimonio, di stipular contratti, di far testamento, ed altre prerogative che appartenevano al dritto publico e privato dei Romani. I LATINI (*ULP. Fragm. tit.* 19 §. 4 *tit.* 20 § 8) benchè in qualche modo participassero del dritto di commercio, pure non potevano far testamento, nè contrarre matrimonio a meno che non li fosse con ispecialità concesso (*ULP. tit.* 17 § 1 *e tit.* 5 § 4). I DEDITIZII non godevano alcuno di questi dritti, e nè avevano speranza di migliorare la loro condizione, nè di aspirare ad una libertà completa (*CAI Inst. lib.* 1 *tit.* 1 § 4).

§ 110. Ma Giustiniano da prima tolse una siffatta differenza (*§. ult. Inst. h. t. L. un. C. de Lat. lib. toll. e L. un. C. de Dedit. lib. toll.*); di poi concesse pure ai libertini l'ingenuità ed il dritto di portare gli anelli d'oro, e per ciò abolì quasi la differenza tra gl' ingenui ed i libertini, salvo però rimanendo il dritto di padronato (*Nov.* 78 *c.* 1.).

§. 111. *Nimirum magna olim necessitudo erat inter manumittentem et libertum* (§. 93 *). *Libertus illi debebat; quod persona esse coeperat, quum antea in classe rerum esset* (§ 105). *Ex quo consequebatur, ut patronus illi veluti pater ac proximus agnatus esset, cuius et nomen adsumere solebat* (*LACTANT.* Inst. Divin. lib. 4 c. 3, L. 94 D. de leg. 3 L. 88 §. 6 D. de leg. 2. L. 108. D. de cond. *et* dem. *VINN.* ad princ. Inst. de success. libert. *et quae nos ibi notavimus* p. 566.).

§. 112. *Quum itaque manumissores libertis essent instar parentum* (§. 111) : *consequens erat*, 1 *ut testamento* directè *manumissi patronum non haberent*; indirectè *libertatem ex fideicommisso consequuti, haeredi vel legatario iura patronatûs deberent. Unde illi liberti* orcini *dicuntur, quasi qui patronum in orco habent* (*CUIAC.* Obs. lib. 3 c. 23.); 2. *ut liberti patronis deberent obsequium et reverentiam* (L. 9 D. de obs. *par. et patr. praest.*) ; 3. *ut illis obstricti essent ab praestandas operas officiales* (*L.* 9, §. 1. *D. de oper. libert.*), *non autem ad fabriles, nisi sponsione vel iureiurando promissas* (L. 3, pr. L. 5 *et* 7 §. 3 D. eod.); 4. *ut patronus liberto, qui improles obierat, ab intestato succederet* (pr. Inst. de success. libert.); 5. *ut libertus* ἄπαις, sine liberis, *testamento ei relinquere teneretur partem tertiam bonorum, si esset centenario maior, alioquin patrono daretur tantae portionis honorum possessio contra tabulas* (§. 3 Inst. de success. libert.); 6. *ut iura patronatûs, quod ad operas officiales attinet, capitis deminutione quacumque; reliqua maxima et media perimerentur* (§. 1 Inst. de ad quisit. per adrogat.).

§. 113. *Caeterum, haec omnia hodie fere extra usum sunt. Manumittuntur homines proprii, ubi ea servitus adhuc recepta; sed per solam fere epistolam. Cessant vero reliqui modi manumissionis: Cessat ius aureorum annulorum: cessant iura patronatûs. In universum fere adhuc obtinet in Germania, quod iam observaverat TACIT.* (de mor. Germ. c. 26.), Liberti *nimirum* non multum supra servos sunt (*Vid. POTGIESS* de statu *et* condit. ser. in Germ. lib. 3 *ut et* Elem. nostri iuris Germ. lib. 1 tit. 1.).

§. 111. Infatti eravi anticamente un legame strettissimo tra 'l manomettente e il liberto (§ 93*). Questi era tenuto al patrono del passaggio che faceva dalla classe delle cose (§ 105) a quella delle persone: dal che ne seguiva che il patrono gli teneva luogo di padre e di primo agnato, di cui solea prendere il nome (*LACTANT. Inst. Div. lib.* 4, *c.* 3, *L.* 94, *D. de leg.* 3, *L.* 88, § 6, *de legat.* 2, *L.* 108, *D. de condit. et demonstr. VINN. nel princ. Inst. de success. libert. e la nota che noi vi apponemmo*).

§. 112. Tenendo i manomissori coi loro liberti il luogo di genitori ne segue: 1.° che i manomessi *direttamente* per testamento non avevano padrone; se *indirettamente* ottenevano la libertà in virtù di un fedecommesso, dovevano il dritto del patronato all' erede o al ligatorio: per lo che i primi erano detti liberti *orcini*, vale a dire che aveano il patrono *in orco* (fra morti) (*CUIAC. Obs. lib.* 3, *c.* 23); 2. che i liberti dovevano al loro patrono ubbidienza e rispetto (*L.* 9, § 1. *D. obs. par. et patr. praest*); 3. che erano astretti a renderli dei servizi officiosi, ma non d' industria (*L.* 9, § 1, *D. de oper. libert.*), eccettocchè non fossero stati promessi con patto o con giuramento (*L.* 3, *pr. L.* 5 *e* 7 § 3 *D. eod.*); 4. che il patrono succedeva ab *intestato* al liberto morto senza prole (*pr. Just. de succ. libert.*); 5. che il liberto senza figli era tenuto da sè di lasciare per testamento al patrono il terzo de' suoi beni, se aveva più di cento mila sesterzj (*centenario*), altrimenti il patrono per questa quota parte potea domandare la possessione de' beni contro le disposizioni del testamento (*contra tabulas*) (§ 3, *Inst. succ. libert.*); 6. che i dritti di patronato, in quanto ai servizi officiosi, si perdevano per qualunque cambiamento di stato (*capitis deminutione*), come del pari gli altri per la massima e per la media diminuzion di capo (§ 1. *Inst. de adquisit. per adrogat*).

§. 113. Del rimanente tutte queste cose sono ora disusate. Nei luoghi ove tuttora vige la servitù, si manomettano gli uomini soltanto con una lettera. Affatto disusati sono gli altri modi di manomettere; ignoto è il dritto degli anelli d' oro, come il dritto di patronato. In generale in Alemagna altro non praticasi che ciò che TACITO (*de mor. Germ. c.* 26) aveva già osservato. *I liberti non sono a miglior condizione de' servi* (*Veg. POTGIES de* statu et condit. serv. *in Germ. lib.* 3, del pari che i *nostri Elem. del dritto Germ. lib.* 1 *tit.* 1).

TITULUS VI.

Qui et ex quibus caussis manumittere non possunt.

§. 114. *Quum Romani saepe servos imprudenter manumitterent*, *lege AELIA SENTIA hanc manumittendi licentiam quodammodo fuisse circumscriptam*, *iam supra monuimus* (§. 106) (*DIO. CASS.* L. 4. p. 556.).

§. 115. *Eadem ergo lex AELIA SENTIA inter alia et bina haec capita* (*a*) *complectebatur*, *quorum* altero *cautum fuerat*, ne quis in fraudem creditorum manumitteret (pr. Inst. h. t.) : altero, ne domino minori viginti annis manumittere liceret, nisi certis conditionibus (§. 4 Inst. eod.).

§. 116. *PRIORE ergo capite cautum*, ut qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agat (pr. Inst. h. t. L. 16 §. 2 D. qui et a quib. manumiss. lib.). *Manumissio igitur ita facta erat nulla*, *et manumissi servi manebant* (*b*), *quia libertas semel data revocari non potuisset actione Paulliana*, *qua alioquin creditores in frandem suam alienata revocant* (*c*) (L. 1, D. quae in fraud. cred.).

§. 117. *FRAUS vero et* affectum *vel consilium defraudandi involvit*, *et* effectum, *ut datis libertatibus desinat manumittens solvendo esse* (§ 3, Inst. h. t. L. 10, D. qui et a quibus manum. lib.).

§. 118. *Ex quo consequitur* : 1. *ut ignoscendum sit ei*, *qui*, *dum amplius de facultatibus suis*, *quam in iis est*, *sperat*, *servos manumittit* (d. § 3 Inst. h. t.), *nisi libertas tantum fideicommissaria data sit*, *ubi solus effectus sine fraudandi consilio sufficit* (L. 4 § 19 fia. D. de fideic. lib.).

(*a*) *Non enim his duobus capitibus solis constabat lex AElia Sentia ut nonnullis visum*, *veluti VOET* (Elem. iur h. t. § 1) : *sed plura alia passim memorantur* (*Vid.* Antiq. nostr. Rom. h. t. § 3 seq.). *Haec duo tantum recenset Iustinianus*, *quia ad hunc titulum sola pertinent. Totam legem ordini ac integritati suae restitutam reperies in editione tertia* Antiquitatum nostrarum Rom. h. t.

(*b*) *Improprie ergo loquuntur veteres ICti*, *ipsique principes*, *dum libertates per legem AEliam Sentiam dicunt RESCINDI* L. 5 § 2 D. qui et a quib. manum. ; *RETRAHI*, L. 45 § 3 De iur. fisc. ; *immo et REVOCARI* (L. 1 C. qui manum. non poss.). *Non ausim enim cum FR. BROOEO* ad h. §. *erroris Iustinianum arguere.*

(*c*) *Actio enim Paulliana dabatur tantum adversus possessorem rei alienatae fraudis conscium* (L. 1 pr. L. 6 § 8 L. 9 D. quae in fraud. cred.). *Servus vero manumissus rem alienatam*, *id est servitutem non possidebat. Libertas quam servus consequutus erat*, *a domino non fuerat alienata*, *nec servus semper erat fraudis conscius.*

TITOLO VI.

Quali persone non possono manomettere e per quali motivi.

§. 114. I Romani spesso manomettendo imprudentemente i servi, la legge ELIA SENZIA pose un certo freno a siffatta licenza, siccome abbiamo già notato (§. 106) (*DION. CASS. L.* 4. *p.* 556).

§. 115. Siffatta legge, tra gli altri capi (*a*) conteneva due articoli, dei quali l' uno vietava di *manomettere i servi in frode dei creditori* (*pr. Inst. h. t.*); l' altro inibiva *ad un padrone minore di venti anni di manomettere i suoi servi senza certe date condizioni* (§ 4. *Inst. eod.*).

§. 116. Col PRIMO CAPO era stato sancito *che colui che manometteva in frode dei suoi creditori faceva un' atto nullo* (*pr. Inst. h t. L.* 16 § 2 *D. qui et a quib. manumiss. lib.*). La manomissione fatta di tal modo era invalida ed i manomessi restavano servi (*b*), perchè la libertà una volta accordata non poteva rivocarsi coll' azione *Pauliana*, colla quale i creditori rivocavano tutto ciò che era stato alienato in loro frode (*c*). (*L.* 1. *D. quae in fraud. cred.*).

§. 117. La FRODE contiene e l' *intensione* di frodare ed il suo effetto, di guisa che accordata libertà, il manomittente cessa di essere solvibile (§ 3. *Inst. h. t. L.* 10 *D. qui et a quibus manum.*).

§. 118. Dal che ne segue: 1.° che bisogna perdonare a colui che manomette i suoi servi (*d.* § 3 *Inst. h t.*) sulla credenza che i suoi beni siano più di quello che sono realmente, eccetto che la libertà non sia stata accordata per fedecommesso, nel qual caso basta il solo effetto senza disegno di frodare (*L.* 4 § 19 *de fideic. lib.*).

(*a*) La legge ELIA SENZIA non costava soltanto di questi due articoli secondo alcuni, come VOET (*Elem. jur. h.t.* § 1) ma di molti altri, de'quali tratto tratto si fa menzione (Veg. le nostre *Antiq. Rom. h. t.* § 3 e segu.). Giustiniano non rapporta che questi due come i soli relativi a questo titolo. Siffatta legge rattrovasi stabilita nel suo ordine e nella sua integrità nella terza edizione delle nostre *Antiq. Rom. h. t.*

(*b*) Impropriamente si esprimono gli antichi giureconsulti ed i principi stessi allorchè dicono che per la legge ELIA SENZIA la libertà accordata potrà rescindersi (*L.* 5, § 2, *D qui et a quib. manum.*) *ritirarsi*, (*L.* 45, § 3, *ff de jur. fisc.*) ed anche *revocarsi* (L. 1, C. *qui manum non poss.*). Intanto non oserei con Fr. de Broèe accusare Giustiniano d'errore in questo paragrafo.

(*c*) L' azione Pauliana accordavasi soltanto contro il possessore della cosa alienata, allorchè avesse conoscenza della frode (L. 1. pr. L. 6, § 8, L. 9 *D quae in fraud. cred.*). Il servo manomesso non possedeva la cosa alienata cioè la servitù: la libertà che il servo acquistava non era stata alienata dal padrone, nè sempre il servo aveva conoscenza della frode.

§. 119. *Ex eodem sequitur : 2 ut non sit nulla manumissio , si dominus, qui solvendo non est , servorum suorum unum, cum libertate, vel sine eâ, haeredem instituit necessarium, dum ne alium haeredem ex eô testamento habeat* (§. 1, 2 Inst h. t.). *Non enim fraudandi, sed ignominiam , sibi mortuo imminentem amoliendi animo id fecisse videtur* (*a*) (§. 1. Inst. eod.).

§. 120. *Posteriore capite cautum fuerat , ut minor viginti annis non aliter manumitteret , quâm* 1. *vindictâ* (§. 100); 2. *ad consilium , quod Romae ex quinque senatoribus , totidemque equitibus* (*i. e. ex decemviris litibus iudicandis*), *in provinciis ex vicintiquinque recuperatoribus civibus Rom. constabat* (*ULPIAN.* tit. 1 § 12, 13. *GER. NOODT.* de iurisd. lib. 1 c. 12); 3. *ex iustâ caussâ* (§. 4 Inst. h.t.) *quâ semel probatâ , libertas non retractabatur , licet falsa adpareret* (§. 6. Inst. h. t.).

§. 121. *Justa vero causa videbatur , si quis patrem aut matrem , filium, filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut paedagogum , aut nutricem , aut educatorem , aut alumnum alumnamve , aut collactaneum manumitteret , aut servum non minorem XVII. annis procuratoris habendi caussâ* (*b*), *aut ancillam matrimonii gratiâ dum tamen intra sex menses uxor duceretur, ni iusta caussâ, quales in Pandectis* (L. 17 D. de spont.) *recensentur, impediret* (*c*) (§. 5, Inst. h. t. L. 9 cap. 11 seq. D. de manumiss. vindict.).

§. 122. *Verùm id posterius caput aetenus sustulit Iustinianus , ut cuivis post impletum XVII. annum manumittere liceret inter vivos* (§. ult. Inst. h. t.), *per testamentum autem cuivis, qui eâ aetate esset , ut posset testari* (Nov. CIX. c. 2.).

(*a*) *Perquâm enim ignominiosa erat possessio bonorum a creditoribus impetrata* (*CIC.* pro P. Quinct. c. 5.). *Haerede vero necessario instituto, bona non defuncti, sed haeredis nomine veniebant.*

(*b*) *Procul dubio ad litem: quum ad id, ut quis alterius negotia extra iudicium procuret , nec libertate , nec septemdecim annorum aetate opus sit* (Arg. L. 7. § 1 et 2 L. 8 de inst. act. *VOET.* Element iur. h. t. §. 4.).

(*c*) *Nec tamen hae caussae omnes e lege AElia Sentia sunt. Saltim eo tempore nondum licebat civi libertinam ducere , quod lex demum Papia Poppea concessit a. u. c. 762* (*DIO. CASS.* L. 54 p. 831.). *Senatusconsulto potiùs , id ius adscribendum , teste ULPIANO* (L. 13 D. de manumiss. vindict.).

§. 119. Dallo stesso principio ne segue: 2.° che la manomissione è nulla, se il padrone, che non è solvibile, istituisce erede necessario uno dei suoi servi con o senza libertà, purchè non abbia altro erede che possa istituire con testamento (§ 1, 2 *Inst. h. t.*), avvegnachè stimasi di aver ciò fatto non per frodare, ma per allontanare da sè l'ignominia che lo minaccia dopo la morte (*a*) (§ 1 *Inst. eod.*).

§. 120. Col secondo capitolo della predetta legge venne prescritto che un minore di venti anni non poteva altrimenti manomettere che: 1.° per la dichiarazione del pretore (*vindicta*) (§. 100); 2.° che sull'avviso di un consiglio composto a Roma di cinque senatori ed altrettanti cavalieri (cioè dei decemviri preposti alla decisione delle controversie), nelle provincie di venticinque commissari cittadini romani (*ULPIANO* tit. 1 § 12, 13 *GER. NOODT de iurisd. lib.* 1 *c.* 12); 3.° che dopo una giusta causa, la quale una volta approvata, la libertà non si poteva ritrattare, benchè apparisse falsa (§ 6 *Inst. h. t.*).

§. 121. Era causa giusta, se qualcheduno voleva manomettere il padre, la madre, il figlio, la figlia, i fratelli e le sorelle naturali, il precettore o la nutrice, l'educatore, l'alunno, l'alunna, il fratello di latte, un servo non minore di 17 anni a fine di avere un procuratore (*b*), o una ancella per sposarla, purchè venisse effettuito in sei mesi, a meno che una giusta causa, tale che quelle che sono rapportate nelle Pandette (*L.* 17. *D. de spont.*) non lo vietasse (*c*) (§ 5, *Inst. h. t. L.* 9 *cap.* 11 *seg. D. de manumiss. vindict.*).

§. 122. Ma questo secondo capitolo fu abolito da Giustiniano acciò ognuno che avesse 17 anni compiti potesse manomettere per atto tra vivi (§ *ult. Inst. h. t.*), e per testamento all'età richiesta per poter testare.

(*a*) Imperocchè era cosa ignominiosa pel defunto che i creditori domandassero il sequestro ed il possesso de' suoi beni (CIC. a favore di *P. Quinzio cap.* 15.). Ma istituito un'erede necessario i beni si vendevano non sotto il nome dal defonto, ma sotto quello dell'erede.

(*b*) Senza dubbio diciamo procuratore alle cause; poichè, per gli affari estragiudiziarj, non vi era bisogno nè della libertà, nè dell'età di diciassette anni (*Arg.* L. 7, § 1, 2, L. 8, *D. de inst. act.* Voet *Elem. jur. h. t.* § 4.).

(*c*) Tutte queste cause non sono autorizzate dalla legge *Elia Sentia.* Per lo meno in quel tempo non era permesso ad un cittadino di sposare una libertina; cosa che in fine accordò la legge PAPIA POPPEA, l'anno di Roma 762 (DIONE CASSIO *lib.* 54, p. 831.). Questo dritto è d'ascriversi piuttosto ad un senato-consulto secondo ULPIANO (L. 13, *D de manum. vind.*)

TITULUS VII.

De lege Fusiâ Caniniâ tollendâ.

§. 123. *Quum tam imprudenter Romani inter vivos manumitterent* (§. 106) : *facile existimandum est, multò liberaliores eos fuisse moribundos. Tunc sane saepe tota servitia libertate donabant, tantùm ut libertatis laudem ferrent post mortem, et libertini isti pileati defunctorum patronorum lecticas magno agmine prosequerentur* (*DIONYS. HALICARN* lib. 4. pag. 228.).

§. 124. *Ne itaque dedecori reipublicae essent impurissimi illi pilei, manumissionum huiusmodi modum terminandum putabat Augustus* (*SUET.* August. c. 40), *idque factum lege FUSIA CANINIA, latâ a. u. c.* 751 Sex. Furio Camillo, *et* C. Caninio Gallo coss. (*Vid.* Ant. nostr. Rom. h. t. § 1. Hist. jur. lib. 1, § 166.).

§. 125. *Eâ cautum erat* : 1. *ut qui plures quàm decem servos non haberet, plus parte dimidiâ ne manumitteret* : *qui ad XXX., ne plus tertiâ* : *qui ad C., ne plus quartâ* : *qui ad IƆ, non plus quinta, nec unquam testator plures quam C. libertate donaret* : 2. *Ut, si quis iusto plures manumisserit, ii tantum, qui priores nominati, libertatem consequerentur* : 3. *sin plures scripti, nemo nominatus, vel nomina* διεξοδικῶς *seu in orbe tereti scripta essent* (a) *nullus liberaretur* (*ULPIAN.* Fragm. tit. 1 §. 24. *PAULL.* Sentent. recept lib. 4. tit. 15. *CAI* Instit. lib. 1. tit. 2. §. 1.).

§. 126. *Verum hanc quoque legem, utut reip. antea utilissimam, sustulit Iustinianus, interserens caussam parum idoneam, quod tantundem licere debeat morientibus, quantum vivis* (§. un. Inst. h. t.).

TITULUS VIII.

De his, qui sui vel alieni Iuris sunt.

§. 127. *Hactenus de primâ personarum divisione in* liberos et servos (§ 78). *Sequitur altera earumdem partitio in eos, qui sunt SUI, vel ALIENI IURIS* (pr. Inst. h. t.), *quae ad statum familiae pertinet* (§. 76), *et omnino priore latius patet, quia omnes quidem homines sui iuris sunt liberi, omnes servi alieno iuri subiecti* : *sed non omnes liberi homines sui iuris, nec omnes alieno iuri subiecti servi sunt.*

§. 128. *SUI IURIS habentur*, qui nec dominicae, nec

(a) *Quid sit scribere* διεξοδικῶς, *in circulo, in orbe tereti,* ἐν κύκλῳ *luculenter et erudite docet EM. MERILL* (Obs. lib. 7 c. 40.).

TITOLO VII.

Della soppressione della legge Fusia Caninia.

§. 123. Manomettendo i Romani troppo inconsideratamente per atti tra vivi (§. 106), è facile il comprendere che erano molto più generosi in morendo. Allora spesso manomettevano tutti i loro servi ad oggetto di lasciare dopo la morte una reputazione di liberalità, ed affinchè gli stessi libertini coverti del berretto della libertà (*pileati*) accompagnassero in gran pompa il loro convoglio (*DION. D'ALICARN. lib.* 4 *p.* 228.).

§. 124. Acciò questi impurissimi manomessi non disonorassero il corpo de'cittadini, Augusto stimò necessario (*SVET. Aug. c.* 40) limitare una siffatta manomissione, lo che venne fatto colla legge FUSIA CANINIA, promulgata l'anno di Roma 751, essendo consoli *Sesto Fur. Camillo* e *Cajo Caninio Gallo*(*V. Ant. nostr. Rom. h. t.* e *Hist. jur. lib.* 1 § 166.).

§. 125. Con siffatta legge venne decretato: 1.° che chi non avesse più di dieci servi, non poteva manometterne più della metà; chi 30 non più della terza parte; chi 100 non più della quarta; chi 500 non più della quinta: finalmente non più di cento qualunque fosse stato il numero; 2.° che se qualcheduno manometteva più del numero permesso, soltanto quelli ch' erano nominati i primi conseguivano la libertà; 3.° che se ve n' erano molti scritti, e niuno nominato, od i loro nomi fossero scritti in circolo (*diexodikos*) (*a*) nessuno restava libero (ULPIAN. *Fragm. tit.* 1 § 24 PAULL. *Sentent. recept. lib.* 4 *tit.* 15. CAI *Inst. lib.* 1 *tit.* 2 § 1).

§. 126. Ma una siffatta legge utilissima alla republica, fu abrogata da Giustiniano, adducendo una ragione poco idonea, cioè che si dovesse accordare ai moribondi quanto si concedeva a' vivi (§ *un Inst. h. t.*).

TITOLO VIII.

Di coloro che sono da sè stessi o che dipendono dall' altrui dritto.

§. 127. Finora della prima divisione delle persone in LIBERI e SERVI (§. 78.). Segue un seconda loro divisione in coloro che sono da se stessi e di quelli che dipendono dall' ALTRUI DRITTO (*pr. Inst. h. t.*); la qual divisione risguarda lo stato di famiglia, ed è più estesa della prima, poichè tutti coloro che dipendono da loro stessi sono liberi, e tutti i servi sono sottoposti al dritto di un' altro: ma non tutti gli uomini liberi sono indipendenti, nè tutti i servi sono sottoposti al dritto altrui.

§. 128. Sono INDIPENDENTI tutti coloro non sotto-

(*a*) Cosa sia questa scrittura in cerchio lo dimostra chiaramente e con saviezza EDM. MERILL. (*Obs. lib.* 7, c. 40.).

patriae potestati subsunt. *ALIENO IURI subiecti*, qui alterutri subsunt. *Illi vocantur* patres matresve familias, *hi vel* filii filiaeve familias, *vel* servi ancillaeve (L. 4. D. h. t.). *Hoc titulo de DOMINICA*; *sequente de PATRIA* potestate *agendum erit.*

§. 129. *Quum servi essent res mancipi* (§. 77) *consequens erat, ut essent in dominio Quiritario* (*ULPIAN.* Fragm. tit. 1. §. 16), *adeoque domino eadem iura in servos competerent, quae, ei competebant in res alias, dominio suo subiectas.*

§. 130. *Itaque* 1. *domino erat ius vitae ac necis in servos* (§. 1. Inst. h. t. L. 1. §. 1. D. h. t.). 2. *Servi erant in commercio, adeoque vendi, donari, legari, et quocumque titolo in alios transferri poterant. 3. Servi nihil habebant proprii, sed quidquid adquirebant quocumque modo, id omne adquirebant domino* (*Vid. infra* lib. 2. tit. 9.).

§. 131. *Sed quum hoc jus VITAE ET NECIS paullatim in barbaram saeviendi licentiam degeneraret* (*SENEC.* de Irâ lib. 3 cap. 40, de Clement. cap. 18 *PLIN.* Hist. Nat. lib. 9. cap. 23) *et expedire tamen videretur reip., ne quis re suâ male utatur* (§. 2 Inst. h. t.): *iure novo id ius ademtum est dominis, deportatione vel ultimo supplicio ex lege Corneliâ adficientis, aeque si suum, ac si servum alienum occiderint* (a) §. 2. Inst. h. t. L. 1, §. 2. D. ad leg. Corn. de sicar. *iunct.* L. 16 D. eod.); *nisi iusta occidendi caussa subfuerit, veluti si dominus servum sibi insidiantem, vel in adulterio deprehensum occiderit* (L. 53 §. 3 D. de leg. 1 L. 96 D. de verb. oblig. *iunct.* §. 2 Inst. de leg. Aquil, L. 24 pr. D. ad. Leg. Iul. de adult.).

§. 132. *Et hoc iure utuntur iis locis, ubi supersunt homines proprii, nisi quod passim haec dominica potestas veterum Germanorum formam IURISDICTIONIS, quam PATRIMONIALEM vocant, induit, vi cuius et animadvertere licet in homines proprios facinorosos, sed non nisi caussâ cognitâ. Diximus in dissertatione singulari* de origine atque indole iurisdictionis patrimonialis (*quae recusa exstat in* Syllog. I. opusc. num. 6. pag. 229. *Edit. Genev. Conf. quoque* Elem. iur. Germ. Lib. 1 §. tit. 1. §. 39. seqq.)

(a) *Quin quamvis ius castigandi dominis ademptum non sit* (L. un. C. de emend. serv.), *extra ordinem tamen succurritur servis, iniuriam intolterabilem passis à domino. Exemplum elegans extat in* §. 2 Inst. h. t. L. 2 D. eod.

posti nè alla patria potestà, nè a quella di un padrone. *Sono* SOTTO DOMINIO tutti coloro sottoposti all'una od all'altra di queste due potestà. I *primi* chiamansi padri e madri di famiglia, i *secondi* figli o figlie di famiglia, *servi* o *ancelle* (*L.* 4 *D. h. t.*). Si tratterà in questo titolo *della potestà del padrone*; nel seguente della *paterna*.

§. 129. Essendo i servi delle cose mancipi (patrimoniali) (§. 77.) ne seguiva che erano sottoposti al dominio Quiritario (ULPIAN *Fragm. tit.* 1 § 16), di modo che il padrone aveva su di essi gli stessi dritti che gli competevano sulle altre cose sottoposte al suo dominio.

§. 130. Quindi: 1.° il padrone aveva su' suoi servi il dritto della vita e della morte (§ 1 *Inst. h. t. L.* 1, § 1, *D. h. t.*); 2.° i servi costituivano obietto di commercio, ed in conseguenza si potevan vendere, donare, legare ed alienare per qualunque titolo; 3.° i servi non avevano nulla di proprio, ma tutto ciò che per qual si voglia modo acquistavano, era acquistato pel loro padrone (V. più in basso *lib.* 2, *tit.* 9).

§ 131 Ma essendo questo *dritto della vita e della morte* degenerato gradatamente in una barbara licenza di crudeltà (SENEC. *de Ira lib.* 3, *cap.* 40, *de Clement. cap.* 18, PLIN. *Hist. nat. lib. cap.* 23), sembrò d' interesse publico che persona non usasse male della sua cosa (§ 2, *Inst. h. t.*); con una nuova legge fu tolto ai padroni un siffatto dritto, i quali per la legge Cornelia incorrevano nella rilegazione o nella decapitazione se avessero ammazzato il proprio servo del pari che quello di un altro (*a*) (§ 2, *Inst. h. t. L.* 1 § 2, *D. ad leg. Corn. de sic. iunct. L.* 16 *D. eod.*); eccetto che non vi fosse stato un giusto motivo di farlo, se, per esempio, l'avesse colto macchinandogli dell' insidie, o commettendo dell'adulterio (*L.* 53, § 3 *D. de leg.* 1, *L.* 96, *D. de verb. oblig. iunct.* § 2, *Inst. de leg. Aquil. L.* 24 *pr. D. ad leg. Iul. de adult.*).

§ 132 Tale è il dritto tuttora in vigore in quei paesi ove esistano ancora de' servi; ma siffatta potestà riveste piuttosto la forma di GIURISDIZIONE degli antichi Germani, detta PATRIMONIALE., in virtù della quale si possono punire de' servi colpevoli, ma dopo però di essersi istituito un esame giuridico. Ne abbiamo già parlato in una particolare disseriazione (*De orig. atque indol. jurisdict. patrimon.* Disseriazione che trovasi nella Silloge 1 degli opuscoli n. 6 pag. 229 edizione di Ginevra. Veggansi pure gli *Elem. iur. Germ. lib.* 1 §. *tit.* 1 § 39 *e segu.*)

(*a*) Benchè non fosse stato tolto ai padroni il dritto di castigare i servi (L. un c. *de emend. serv.*), intanto questi erano intesi straordinariamente, qualora venivano maltrattati in una maniera intollerabile. Ve ne ha un' esempio rimarchevole nel § 2, *Inst. h. t.* e la L. 2. *D. eod.*

TITULUS IX.

De Patriâ potestate.

§. 133. *Non solùm servi de quibus hactenus, alieno iuri subiecti sunt; verùm etiam filii filiaeque familias* (*L.* 4. D. de his, qui sui vel alien iur.), *quia subsunt PATRIAE POTESTATI* (§. 128.), *de quâ hoc titulo.*

§. 134. *Quamvis vero haec potestas in se sit iuris gentium* (L. 2. D. de iustit. et iur.): *quoad formam tamen proprium est ius civium Romanorum. Nulli enim alii sunt homines, qui tali in liberos potestate utantur, quali utebantur Romani* (*a*) (§. 2. Inst. h. t.).

§. 135. *Nimirum filii familias erant quidem ingenui, erant cives, sed non patres familiası et hinc personae quidem censebantur, sed ratione aliorum ingenuorum et civium* (*quo ipso a servis differunt*), *non ratione patris, cuius respectu res mancipi* (*b*), *aeque ac servi, habebantur.* (§. 76.)

§. 136. *Itaque nihil aliud est PATRIA POTESTAS, quam* dominium Quiritarium quod patri competit in liberos (*BYNKERSH.* ibid.). *Matri vel ideo competere non poterat, quia ipsa iure veteri erat in manu mariti, tamquam filiafamilias* (*Vid.* Comm. *nostr.* ad leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 12 pag. 137.).

§. 137. *Ac proinde patri, non matri* (§. 136.), *eadem iura competebant in liberos, quae domino in res dominio suo subiectas* (§. 129.), *vel in suos cuique servos* (*c*).

§. 138. *Ex quo principio fluit prono alveo*, 1. *patri etiam Romano competiisse ius vitae et necis in liberos* (L. 11. D. de lib. et postum. *DIONYS. HALIC.* Lib. II. pag. 96.) (*d*). 2. *Eumdem potuisse filium venumdare, et ter qui-*

(*a*) *Id quod et elegante comparatione, inter Romanos et Graecos instituta, ostendit DIONYS. HALICARN* (Lib. II. p. 96.).

(*b*) *Poterant enim mancipari, tamquam res mancipi.* (*CAI* Inst. Lib. I. tit. 6. §. 3.); *poterant vindicari* (L. 1 §. 2. D. de rei vind.): *poterat, iis surreptis, actio furti institui* (L. 14. §. 13. et L. 38. §. 1. D. de furt. *Vid. BYNKERSHEOK*, de iure occid. liber. cap. 1. pag. 145.). *Quae omnia non in personas, sed in res cadunt.*

(*c*) *Quin in quibusdam durior erat patria potestas, quam dominica, veluti quod ter venumdari possent liberi, et bis manumissi reciderent in patriam potestatem* (§. sequ.) *Conf. GER. NOODT.* (Lib. II. cap. 9. p. 64.)

(*d*) *Non quasi promiscue posset occidere liberos innocentes, sed quod in liberos ei liceret animadvertere, tamquam iudici domestico, uti vocat*

TITOLO IX.

Della patria potestà.

§ 133 Non solo i servi, di cui abbiamo finora parlato, sono soggetti al dritto altrui, ma altresì i figli e le figlie di famiglia (*L. 4, D. de his qui sui vel alin. iur.*), perchè sottoposti alla PATRIA POTESTA' (§ 128) della quale trattiamo in questo titolo.

§ 134 Benchè siffatta potetestà appartenga in sè stessa al dritto delle genti (*L. 2, D. de just. et iur.*); pur nondimeno in quanto alla forma è propria dei cittadini romani; imperochè non vi sono altre nazioni che esercitino su' loro figli una potestà simile a quella che esercitavano i Romani (*a*) (§ 2 *Inst. h. t.*).

§ 135 I figli di famiglia erano al certo ingenui, erano cittadini romani, ma non padri di famiglia: quindi venivano compresi nel numero delle persone, ma relativamente agli altri ingenui e cittadini (nel che differiscono da' servi), ma non in quanto al padre, pel quale erano cose mancipi, del pari che i servi (*b*).

§ 136 La patria potestà dunque non è altro che *il* DOMINIO QUIRITARIO CHE APPARTIENE AL PADRE SU' FIGLI (BYNKERSH. ivi), la quale non poteva competere alla madre, perchè essa stessa, secondo l'antico dritto, era sotto la potestà del marito, come se fosse un' altra figlia di famiglia (*V. Comm. nost. ad leg. Jul. et Pap. Popp. lib. 2, cap.* 12 p. 137).

§ 137 Sicchè al padre e non alla madre (§ 136) competevano su' figli gli stessi dritti che un padrone avea sulle cose sottoposte al suo dominio (§ 129), o sopra i suoi propri servi (*c*).

§ 138 Da questo principio naturalmente ne deriva: 1.° che il padre a Roma avesse su' suoi figli il *dritto della vita e della morte* (*L. 11, D. de lib. et postum.* DION. D'ALICARN. *lib.* 2, *p.* 96) (*d*); 2.° che poteva vendere i suoi figli per ben tre

---

(*a*) Cosa che dimostra con un bel paragone tra i Greci ed i Romani DIONIGI D' ALICARNASSO (*lib.* 2. c. 96.).

(*b*) Imperocchè potevano alienarsi, come cose mancipi (CAIO, *Inst. lib.* 1. *tit.* 6. § 3) potevano essere rivendicati (L. 1 § 2, *D. de rei vind.*) si poteva, allorchè erano stati rubati, istituire l'azione di furto (L. 14, § 13 e L. 38, § 1 *D. de furt.* Veg. Bynkershock *de jur. occid. liber.* c. 1 p. 145.). Tutti questi dritti si esercitavano sulle cose e non sulle persone.

(*c*) In molti rincontri la patria potestà era più dura di quella domenicale, per esempio, in ciò che i figli potevano essere venduti tre volte; e dopo di essere stati due volte manomessi ricadevano sotto la patria potestà (§ segu. Veg. GER. NOODTC *Probabil.*, *lib.* 2 c. 9, p. 64.).

(*d*) Non poteva il padre alla rinfusa ammazzare i figli innocenti, ma punirli come *giudice domestico* secondo SENECA, (*Contrv. lib.* 2. *contr.*

dem , ex Romuli instituto , ita , ut bis venditus , et toties manumissus , semper recideret in patriam potestatem , et non nisi tertiùm manumissus sui iuris evaderet (*Idem* Lib. II. p. 97.). 3. *Potuisse filium filiamque a patre noxae dari aeque ac servum* (§. 7. Inst. de noxal. act.). 4. *Quidquid adquirerent liberi patri fuisse adquisitum* (*Vid. infra* , L. II. tit. 9.). 5. *Non solum filios filiasque familias in patris , sed et nepotes neptesque , pronepotes pronepotesque ex filiis , in potestate avi vel proavi paterni fuisse* (§. 3. Inst. h. t.).

§. 139. *Haec e dominio fluunt* (§. 137.). *Quia vero filii ratione partris sunt ἀπρόσωπος , id est , res , non personae* (§. 135.) : *consequens est* , 6. *ut pater et filius in negotiis privatis* (a) *habeantur pro unâ persona* (L. ult. C. de impub. et al. subst.). 7. *Ut nulla inter eos sit actio* (L. 4. D. de iudic.). 8. *Nulla obligatio* (§. 6. Inst. de inutil. stipul.). 9. *Ut pater possit liberis tutores dare* (§. 3. Inst. de tutel.), et 10. *iisdem pupillariter substituere* (pr. Inst. de pupill. subs.). 11. *Ut liberi nihil magni momenti sine patris consensu agere , et neque nuptias facere* (pr. Inst. de nupt.), *neque mutuam accipere pecuniam possint ; quae omnia ex hoc principio fluere , infra suis locis demonstrabimus.*

§. 140 *Sed hoc ius paulatim imminutum est. Nam I non amplius ius vitae et necis competit parentibus , sed facultas modice castigandi* (L. 3 C. de patr. potest. L. un. C. de emend. propinq, L. un. C. de his, qui par. vel lib occid.), *et in atrocioribus delictis magistratui praescribendi sententiam* (L. 3. C. de patr. potest.), *quamvis hoc iure hodie vix utamur.*

§. 141 *Deinde II iure novo non licet parentibus vendere liberos , nisi urgente extremâ egestate , sanguinolentos* (L. 2. C. de patr. qui fil. distr.), *id est , e matre adhuc rubentes* (*HUBER.* Digres lib. 2. cap. 5.). *Quamvis et hoc ius vix hodie frequentetur.*

SENEC. (Controv. Lib. II. controv. 3.) , *tamquam* domestico magistratui , *SENEC.* (de benef. Lib. III. cap. 2.) , *tamquam* censori filii, *SVETON.* (Claud. cap. 16.). *Exempla iudiciorum huiusmodi collegimus in* Antiqu. Rom. h. t. §. 5.).

(a) *Non in negotiis publicis. Nam quum filius familias tantum ratione patris sit ἀπρόσωπος , alias , vero et ingenuitate , et civitatis iure gaudeat* (§. 135.) : *in muneribus publicis pro patre familias habebatur* (L. 9. D. de his , qui sui vel al. iur.). *Quin si magistratum gereret filius familias , patria iura cum filii potestate collata , interquiescere paullulum et connivere videbantur , uti ait GELL* (Lib. II. cap. 2.). *Huc etiam referendae* (L. 13. §. 5. et L. 14. D. ad SC. Treb.) *quas egregie illustrat BYNKERSHOEK* (Obs. Lib. I. cap. 18. p. 75.).

volte in virtù della legge di Romolo, di modo che due volte venduto ed altrettante manumesso, ricadeva sempre nella patria potestà, e non restava libero che dopo una terza manumissione (DION. D' ALICARN. *lib* 2, *p.* 97); 3.° che un figlio o una figlia di famiglia potevano esser dati da loro padre in compenso di un danno, del pari che un servo (§ 7, *Inst. de noxal. act.*); 4.° che tutto ciò che i figli acquistavano lo era pel padre (V. più in basso *lib.* 2, *tit.* 9); 5.° che, non solo i figli e le figlie di famiglia erano sotto la potestà del loro padre, ma benanche i nipoti e pronipoti erano sotto la potestà del loro *avo o bisavolo paterno* (§ 3, *Inst. h. t.*).

§ 139. Tutti questi dritti emanano dal dominio (§ 137); e siccome i figli relativamente al padre sono *aprosôpoi*, cioè cose non già persone (§ 135) ne segue: 6.° che il padre ed il figlio negli affari privati (*a*) si hanno per una sola persona (*L. ult. C. de impub. et aliis substit*); 7.° che tra loro non vi ha azione alcuna (*L.* 4; *D. de judic.*); 8.° niuna obbligazione (§ 6, *Inst. de inutil. stipul.*); 9.° che il padre possa assegnare i tutori a' figli (§ 3, *Inst. de tutel.*); 10.° sostituirli pupillarmente (*Pr. Inst. de pupil. subst.*); 11.° che senza il consenso di loro padre i figli non potevano fare cosa alcuna di conseguenza, nè contrar matrimonio (*Pr. Inst. de nupt.*), nè improntar denari, le quali cose tutte derivano dallo stesso principio come passiamo a dimostrare.

§ 140 Ma siffatto diritto venne a poco a poco ristretto: imperocchè: 1.° i padri non hanno più il dritto della vita e della morte, ma la facoltà di castigare moderatamente (*L.* 3, *Cod. de patr. potest. L. unic. C. de emend. propinq. L. unic. Cod. de his qui par vel lib. occid.*); e nei delitti atroci di dettare la sentenza al magistrato (*L.* 3, *Cod. de patr. pot.*); oggigiorno di siffatto dritto appena evvene ombra.

§ 141 Quindi, 2.° col nuovo dritto non è più permesso ai padri di vendere i loro figli, eccetto il caso di una estrema miserìa, e nel momento della loro nascita (*L.* 2, *Cod. de patr. qui fil distr.* -- HUBER *digress. lib.* 2, *cap.* 5); ma di questo dritto appena attualmente evvene orma.

3.) come *magistrato domestico.* (*de benef. lib.* 3, c. 2); come *censore* di suo figlio. SVETON. Claud. cap. 16.). Abbiamo raccolti di siffatti esempj nelle *Antiq. Rom. h. t. ff* 5.

(*a*) Non già negli affari pubblici. Imperocchè siccome il figlio di famiglia soltanto riguardo al padre non sia ἀπρόσωποι una persona, benchè d' altronde godesse dell' ingenuità e del dritto di cittadinanza (§ 135), così nelle cariche publiche era reputato padre di famiglia (L, 9. *D de his qui sui vel alien. jur.*). Anzi se il figlio di famiglia esercitava una magistratura i dritti del padre in confronto di quelli della potestà del figlio sopivansi e sospendevansi come dice AULO-GELLIO *lib.* 2 c. 2. qui bisogna altresì riferire la L. 13 § 5 e la L. 14, *D. ad SC.*; legge illustrate egregiamente da BYNKERSHOEK (*lib.* 1. *Obs. cap.* 18, pag. 75.)

§. 142. *Porro 3 et ius adquirendi per liberos haud parum restrictum est distinctione variorum peculiorum, de quibus infra* (Lib. II t. 9.)

§. 143. *Denique 4 et noxae dationem filiorum filiarumque familias sublatam constat,* §. 7 Instit. de noxal. act. *Reliqua iura plerisque locis adhuc obtinent, praeterquam quod ea potestas, quia fere nuptiis separataque oeconomia liberorum solvitur, in nepotes vix competit* (199).

§. 144 *Ceterum quemadmodum iure Romano parum differunt dominica, et patria potestas* (§ 137): *ita et liberi aeque, ac servi,* (§. 81. seq.) *aut NASCUNTUR, aut FIUNT.* Nascuntur, ex *JUSTIS NUPTIIS, modo iusto tempore procreentur.* (L. 6 D. de his, qui sui vel al. iur. L. 12. D. de stat. hom. L. 9. C. de nupt. L. 3. §. pen. D. de suis. *et* leg. hered.). Fiunt *vel* per *LEGITIMATIONEM, vel* per *ADOPTIONEM*; (pr. Inst. h. t. §. 13 Inst. de nupt. pr. Inst. adopt.). *Hinc de* nuptiis *et* legitimatione *Titulo* X.; *de* adoptione *Titulo XI. agitur.*

TITULUS X.

De Nuptiis.

§. 145 *Maris et foeminae coniunctio in se est* iuris naturae *et* gentium (L. 1 §. 3. D. de iust. et iur.); *sed illi novam veluti formam circumdederunt, cum* leges Romanae, *tum* ius Pontificium *a quibus denique* iura ecclesiastica protestantium *multis capitibus discedunt. Unde haec distincte consideranda.*

§ 146. *NUPTIAE I. secundum IUS NATURAE consideratae, sunt* viri et mulieris coniunctio ad liberos procreandos comparata. *II. ROMANIS erant* coniunctio maris et foeminae: consortium omnis vitae, divini (*a*) et humani iuris communicatio, (L. 1 D. de ritu nupt.) *III CANONISTIS* sunt sacramentum laicis proprium, quo vir et mulier secundum praecepta Ecclesiae coniuguntur (c. sicut 2 c. 32. qu. 2.). *Denique IV. PROTESTANTIBUS*, societas maris et foeminae indissolubilis, et divinitus instituta, ad generationem prolis et mutuum vitae adiutorium ineunda.

(*a*) *Uxor enim fiebat veluti filiafamilias per in manum conventionem* (§. 136), *et hinc particeps socrorum gentilitium mariti* (*Vid. DUAREN.* ad tit. D. solut. matr.) *Unde et Pontifices auctores fieri oportebat in confarreationibus*; (*Vid.* Antiq. *nostr.* Rom. lib. 1 t. 2 §. 31.). *Ex ea in manum conventione talis nascebatur communio, qualis erat inter patrem et liberos in sacris eius constitutos, non communio bonorum,*

§ 142 3.° Il dritto d'acquistare mercè i figli venne non poco ristretto dalla distinzione dei differenti peculi, de' quali si tratterà più in basso (*lib.* 2, *cap.* 9).

§ 143 4.° Finalmente la facoltà di dare i figli in reparazione del danno caginnato è stata abolita (§ 7, *Inst. de noxal act.*). Gli altri diritti sono tuttora in vigore in diversi paesi, eccetto che questa potestà perdendosi col matrimonio e l'economia separata dei figli, appena si estende su' nipoti (§ 199).

§ 144 Del rimanente, siccome per dritto romano la patria potestà poco differisce dalla dominicale (§ 137), così i figli di famiglia al pari de' servi (§ 81 e seg.) o NASCONO tali o lo DIVENGONO. Nascono da LEGGITTIME NOZZE, purchè siano procreati nel tempo richiesto dalla legge (*L.* 6, *D. de his qui sui vel alien. iur. L.* 12, *D. de stat. homin. L.* 9, *Cod. de nupt. L.* 3, *§ pen. D. de suis et leg. her.*). Divengono tali o per LEGITIMAZIONE o per ADOZIONE. (*Pr. Inst. h. t.* § 13, *de nupt. pr. de adopt.*). Quindi si tratta delle nozze nel titolo 10; dell' adozione nel 11.

TITOLO X.

Delle Nozze.

§ 145. L'unione dell' uomo e della donna è in sè stessa di *dritto di natura e delle genti* (*L.* 1, § 3, *D. de just. et jur.*); ma è stata rivestita di una forma novella dalle *leggi sì romane* che canoniche, dalle quali dissentano su vari punti i dritti ecclesiastici della chiesa protestante. Quindi bisogna il tutto esaminare separatamente.

§ 146. Le NOZZE considerate 1.° secondo il DRITTO NATURALE sono *l' unione dell'uomo e della donna per perpetuare la specie.* 2.° Presso i ROMANI costituivano *l' unione dell'uomo e della donna, il consorzio di tutta la vita, la comunanza de' dritti divini* (*a*) *ed umani* (*L.* 1 *D. de rit. nupt.*). 3.° Secondo i CANONISTI *sono un sacramento, proprio a' laici, in virtù del quale l' uomo e la donna si uniscono a norma de' precetti della chiesa* (*C.* 2, *sicut.*, *C.* 32, *qu.* 2). 4.° Finalmente secondo i PROTESTANTI *è l' unione indissolubile dell' uomo e della donna, stabilita da Dio, e che dee formarsi per perpetuare la specie e per coadiuvarsi scambievolmente nel corso della vita.*

(*a*) La moglie rendevasi qual'altra figlia di famiglia col passare sotto la potestà maritale (§ 136), e quindi partecipe di tutt' i sacrifici gentilizii della famiglia del marito (v. DUARENO, *ad tit. D. solut. matr.*). Ecco perchè bisognava che i pontefici intervenissero alla *confarreazioae* per darvi il loro assenso (v. *le nostre Antichità Romane*, lib. 1. tit. 2, § 31). Da siffatto passaggio sotto la potestà maritale ne nasceva una comunità simile a quella che passava tra 'l padre ed i figli soggetti a' di lui sacrifici

§. 147. *ROMANI in coniunctione hac non solum , quid liceret lege civili , sed et quid honestum esset , considerabant ,* (L. 42. pr. De rit. nupt.). *CANONISTÆ , quid Ecclesia sanxerit , expendunt* (*Vid. BURNETI* Hist. Ref. Angl. Part. I. L. II. p. 149.). *PROTESTANTES , potissimum ad ius divinum doctrinas suas attemperant. Proponemus itaque ius Romanum, et , ubi ob diversa illa principia reliqua iura dissideant , paucis notabimus.*

§. 148. *Quum ergo nuptiae sint CONIUNCTIO* (§. 146), *consequens est :* 1 *ut consensum utriusque accedere oporteat;* (L. 2 D. de rit. nupt.) *excluso furore,* (*L.* 16 §. 2 *D. h. t.*) *vi , metuque* (L. 21 D. L. 14 C. h. t.). *Isque* 2 *consensus solus iure Romano faciat nuptias* (a) (L. 30 D. de reg. iur. L. 15 D. de condit. et demonstr.) *adeoque* 3 *concubitus domumque deductio ad implementum , instrumenta dotalia ad signum dumtaxtat , non ad substantiam earumdem , pertineant ,* (L. 22 C. de nupt. L. pen. pr. §. 1 , D. de donat. int. vir. et uxor.) *Iure canonico tamen connubium non gaudet effectibus ecclesiasticis, priusquam accesserit* νερονογια (*i. e.* ritus ab Eccl. praescriptus). *Hinc distinctio inter matrimonium* legitimum *et* ratum L. 7. *et* 8. D. de divort.). *Hinc clandestinum habetur matrimonium , in quo omissa* ερλγιαγλ (c. 2. *et* 3. D. de clandest. desp.). *Immo Protestantes retinentes* νεσλξυσν *ne effectus quidem civiles relinquunt nuptiis , sine ritu solemni cuiusque locis contractis* (*BOEHMER.* Iur. Eccl. Protest. L. IV. t. 3. §. 40 , seq.)

§. 149. *Quia coniunguntur MAS et FOEMINA* (§. 136), *et quidem ad procreandam sobolem , consequens est :* 2 *ut masculos oporteat esse puberes, feminas viri potentes* (Pr. Inst. h. t. L. 4. D. eod.); *id est, ut masculus* XIV , *foemina* XII *annum excesserit* (pr. Inst. quib. mod. tut. finit.), *quamvis ius canonicum magis ad potentiam generandi attendat* (c. 2. D. de depons. impub.), 3. *Ut illicita sit* πολυγαμια , *i. e.* plurium uxorum acceptio *simultanea.* (§. 6 Inst. h. t. L. 2 C. de incest. nupt. L. 18 C. ad Leg. Iul. de adulter.) *Quo iure et nos utimur, ob institutionem divinam primaevam* * (Matt. XIX. 8 *iunct* Genes. II. 18.)

§. 150. *Quum porro nuptiae Romanis sint* consortium omnis vitae , divini et humani juris communicatio (§. 146) : *sequitur* VI, *ut nuptiae non consistant inter cives et peregrinos, inter*

---

qualis hodie passim obtinet inter coniuges , quippe quam leges nostrae ignorant (Lib. 8 C. de pact. conv. ,) *nisi expresse talem societatem universalem inierint coniuges* (L. 16 §. ult. D. de alim. legat. L. 17 §. 1. D. sol. matr.)

(a) *Neque tamen nuptiae sunt contractus , quippe qui circa res, quae in commercio sunt, versari solet* (§. 18. Inst. de inut. stip. L. 35 D. de verb. obl.)

§ 147. In siffatta unione i Romani consideravano non solo ciò ch'era permesso per legge civile, ma altresì ciò ch'era onesto (*L.* 42, *pr D. de rit. nupt.*). I CANONISTI esaminano ciò che la Chiesa ha sanzionato (v. BURNET, *Hist. Ref. Angl. part.* 1, lib. 2 p. 149). I PROTESTANTI regolano le loro dottrine sul dritto divino. Proporremo quindi il dritto romano, e faremo qualche breve osservazione, ove gli altri dritti ne discordano per la differenza degli enunciati principii.

§ 148. Costituendo le nozze un CONGIUNZIONE (§ 146) ne segue: 1.° che sia necessario il consenso de' due contraenti (L. 2, D. *de rit. nupt*), esclusa la demenza (L. 16; § 2, D. h. t.), la violenza ed il timore (*a*) (L. 21, D. L. 14, Cos. h. t.); 2.° che questo solo consenso per dritto romano costituisce le nozze (*L.* 30, *D. de reg. iur. L.* 15, *D. de condit. et demonstr.*); 3.° che il concubito ed il solenne ingresso della moglie nella casa del marito, appartengono al compimento, anzi che all'essenza del matrimonio, come gl' istrumenti dotali alla pruova e non alla sostanza delle nozze (*L.* 22, *cod. de nupt. L. penult. pr.* § 1, *D. de donat. inter vir. et ux.*). Per dritto canonico intanto il matrimonio non gode di effetti ecclesiastici senza della benedizione del sacerdote * (*i e ritus ab Eccl. praescript.*). Da ciò la distinzione di matrimonio LEGITIMO e quello RATO (L. 7 e 8, *D. de divort.*). Quindi reputasi clandestino il matrimonio in cui si è omessa la benedizione del sacerdote (*cap.* 2 e 3, *D. de cland. desp.*). Anzi i protestanti, ritenendo la benedizione sacerdotale, non riconoscono alcuno effetto civile ne' matrimonii contratti senza le solennità richieste dalle leggi di ciascun paese (BOEHMER, *jur. eccl. protest. lib.* 4. *tit.* 3, § 40 e segu.).

§. 149. Poichè l'uomo si unisce alla donna per propagare la specie (§. 146) ne segue : 2.° che l'uomo debba essere pubere, la donna nubile (*Pr. Inst. h. t. L.* 4 *D. eod.*), cioè che il primo debba avere 14 anni, la seconda 12 (*Pr. Inst. quib. mod. tut. finit*), sebbene il dritto canonico ha piuttosto riguardo alla facoltà generativa (*c.* 2 *D. de spons. impub.*); 3.° che sia illecita la poligamia simultanea (§ 6 Inst. h. t. L. 2, c. de *Incest. nupt. L.* 18. *C. ad leg. Jul. de adult.*). Conserviamo questo dritto a causa della sua istituzione primitiva stabilità dallo stesso Dio (*Matt. XIX. iunct. Gen. n.* 18.).

§. 150. Le nozze essendo secondo il dritto romano, il *consorzio di tutta la vita*, *la comunità del dritto divino ed umano* (§. 146) ne segue 1.° che le nozze non sussistevano tra cittadini

---

gentilizi, non già comunità di beni come quella che oggi ha luogo tra' sposi, affatto ignota alle romane leggi (*L.* 8 *C. de pact. conv.*), a meno che i sposi non avessero espressamente acconsentito ad una siffatta unione (*L.* 16, § *ult. D. de alim. legat. L.* 17, § 1, *D. solut. matr.*).

(*a*) Le nozze però non costituiscono un contratto, poichè siffatta idea attaccasi alle cose che sono in commercio (§ 19, *Inst. de inut. stip.*).

servos et liberas, liberos et ancillas, *multoque minus inter servos et ancillas* (*a*), *sed inter solos cives Romanos*, pr. Inst. h. t. L. 56. D. sol. matr. *Ast iure canonico et moribus hodiernis et servorum consistunt matrimonia*, c. 1 D. de coniug. serv.; 5. *Ut filiis filiaeque familias contrahere non possint nuptias sine iussu, vel tacito saltim consensu patris praecedente* (§. 139. 11) (*b*) pr. Inst. h. t. *Unde mira dubitatio de casu si pater sit furiosus, captivus, absens, vel consentire nolit. De quibus vid.* L. 18. C. de Episc. aud. L. 9 10 11 19 D. h. t. *Ast ab hoc rigore eatenus discedunt canones et mores multorum locorum hodierni, ut consensum quidem et matris et propinquorum immo et curatorum passim requirant, sed tamen haud temere rescidant contractus huiusmodi nuptias. LANCELLOT.* Inst. iur. can. Lib. II. tit. 11. §. 2. *Conf. HUBER.* Prael. ad Inst. h. t.

§. 151. *Quumque Romani non solum quid liceat, sed et quid honestum sit, in nuptiis spectarint* (§. 149); *recte inde colligitur, non inter omnes personas consistere nuptias: easque aliquando tamquam INCESTAS, aliquando tanquam INDECORAS, aliquando tanquam NOXIAS, prohiberi.*

§. 152. *INCESTAS nuptias contrahunt* propriores cognati et adfines. *COGNATI sunt, qui a communi stipite descedunt, sive ex iustis nuptiis ea cognatio sit, sive ex illigitimo coitu*, L. 54 D. de rit. nupt., *sive ex conturbernio servili*, §. 10. Inst. L. 8. L. 14. §. 2. D. h. t. *ADFINITAS est necessitudo inter coniugem unum et alterius familiam*, L. 4. §. 3. D. de grad. et adf.

§. 153. *COGNATIO* ex gradibus et lineis *iudicatur. GRA-*

(*a*) *Distinguebant ergo Romani* connubium *vel* nuptias, *quae inter solos cives consistunt*: matrimonium, *quod etiam cum aliis personis liberis*: contubernium, *quod inter servos et ancillas initur. Hinc vetus* Glossarium: *NUPTIAE* iustum matrimonium, *et SERVIUS, CONNUBIUM* est ius legitimi matrimonii. *Contra MATRIMONIUM pro coniunctione iure civili iniusta accipitur in* L. 13 §. 1. D. ad leg. Iul. de adult. *et apud* Collat. legum Mos. et Rom. tit. 4 §. 5. Contubernium *servorum passim occurrit apud ULP.* Frag. tit. 5, L. 14 §. 3 D. de rit. nupt. L. 3 C. de incest. nupt. (*Conf. SCHULTIG.* Iuris anteiust. pag. 32)

(*b*) *Nec excluditur tamen ratihabitio, quod contra VINNIUM luculenter demonstravit ULR. HUBER.* Prael. ad Inst. h. t. §. 10 et ad Pand. tit. de rit. nupt. §. 5. *Saltem praxis id servat procul dubio.*

(*Sunt qui graduum computationem in doctrina de nuptiis a Romanis ICtis adhibitam negant, existimantque eam tantum ad successiones pertinuisse. Sed alia omnia patent ex* Collat. legum Mos. et Rom. tit. 6 §. 2).

ed esteri, tra servi e libere, tra liberi ed ancelle, e molto meno tra 'l servo e l' ancella (*a*), ma tra' soli cittadini romani (*Pr. Inst. h. t. L.* 56, *D. sol matr.*). Ma secondo il dritto canonico ed in virtù delle odierne consuetudini, i matrimoni de' servi sono validi (*Cap.* 1, *D. de conjug. serv.*). 5.° Il figlio e la figlia di famiglia non possono contrarre nozze senza pria aver ottenuto il permesso, od almeno il tacito consenso del padre (*Pr. Inst h. t.* e §. 139, XI) (*b*). Da ciò spesso nasce una grande incertezza qualora il padre sia demente, prigioniero, assente, o non vuole assentire (*v.* §. 18, *Cod. de episcop. audient. L.* 9, 10, 11, 19, D. h. t.). I canoni ed i costumi di molti paesi odierni han moderato siffatto rigore, e benchè richieggano il consenso della madre e de' parenti più prossimi, anzi in vari luoghi quello de' curatori, nondimeno non rescindono i contratti qualora siffatte formalità fossero state omesse (LANCELLOT, *Inst. jur. canon. lib.* 2, tit. 11, §. 2, veggasi pure HUBER *Praelect. ad Inst. h. t.*).

§. 151. Poichè i Romani consideravano nel matrimonio non solo ciò ch' è permesso, ma altresì ciò ch' è onesto (§. 147) rettamente se ne conchiude che non poteasi con ogni specie di persona contrarre matrimonio; perchè ora veniva vietato come INCESTUOSO, ora come INDECENTE, ed ora come NOCEVOLE.

§. 152. I *matrimoni* sono *incestuosi* allorchè contraggonsi tra' più prossimi *cognati* ed *affini*. I *COGNATI* son quelli che discendono da un medesimo ceppo, sia per legittimo matrimonio, sia per un commercio impuro, (L. 54, D. de rit. nupt.) sia per unione servile (contubernio) (§. 10, Inst. L. 8 L. 14, § 2, D. h. t.) L'AFFINITA' è la parentela tra un coniuge e la famiglia dell'altro (*L.* 4, § 3, *D. de grad. et adf.*).

§. 153. La cognazione giudicasi da' *gradi* (*a*) e dalle *linee*.

(*a*) Distinguevano dunque i Romani il *connubium* o *nuptias*, le *nozze* che aveano luogo tra' soli cittadini romani; *matrimonium*, il *matrimonio* potea contrarsi con altre persone libere, *contubernium*, *l' unione semplice* che avea luogo tra' servi e le ancelle. Quindi secondo un vecchio Glossario: le *NOZZE costituiscano un matrimonio legittimo*; e secondo SERVIO, *CONNUBIUM è il dritto al legittimo matrimonio*. Al contrario il *MATRIMONIUM* un ingiusto *congiungimento* secondo il dritto civile (nella L. 13, §. 1 è D. *ad leg. Jul. de adult.* e nella comparazione delle leggi di Moisè colle leggi romane, tit. 4, § 5). Il vocabolo *contubernium*, maritaggio de' servi leggesi in molti passi di ULPIANO *Fragm. tit.* 5, L. 14, §. 3, D. *de rite nupt.* L. 3, *C. de incest. nupt.*, veggasi SCHULTING, *jurispr. antejustin. p.* 32).

(*b*) Senza escludere il rimedio della ratifica, il che chiaramente contro il sentimento di VINNIO, ha dimostrato HUBERO (*Praelect. ad Inst.* h. t. §. 10 *et ad Pandect. tit. de rit. nupt.* §. 5). Ciò senza dubbio osservasi in pratica.

(*c*) Taluni negano che sia stata adoprata da' romani giureconsulti siffatta computazione, e credano che non abbia avuto luogo che nelle sole successioni. Ma il contrario osservasi dal parallello delle leggi di Moisè con quelle romane (tit. 6, § 2).

DUS est distantia cognatorum; *LINEA* est series personarum a communi stipite descendentium: *eaque vel RECTA*, quae genitores et genitos: *vel OBLIQUA*, quae a latere iunctos complectitur.

§. 154. *In linea recta ius civile et canonicum conspirant.* Tot enim *utrumque* numerat gradus, quot sunt generationes. *Hinc pater et filia uno, avus et neptis duobus, proavia et pronepos tribus gradibus, distant, etc.*

§. 155. *In linea obliga ius* civile *eamdem servat regulam.* Canonicum *distinguit inter lineam obliquam AEQUALEM et INAEQUALEM, et de illa suppeditat axioma*: quot gradibus personae cognatae distant a communi stipite, tot gradibus inter se distant. *Hinc frater a sorore iure civili distat secundo; iure canonico primo gradu: consobrino iure civili, quarto; iure canonico secundo gradu. De inaequali linea regulam habet*: quot gradibus persona remotior distat a communi stipite, tot gradibus personae distant inter se. *Hinc ex. gr. avi soror cognata mihi est gradu quarto iuris civilis, gradu tertio iuris canonici.*

§. 156. *ADFINITATIS nulli sunt gradus, quia nullae generationes* L. 4. §. 5 D. de grad. κατ' αναλογίαν proportione, *tamen recepta regula*: quoto gradu mihi aliquis cognatus est, eodem gradu ejusdem coniux mihi adfinitate iuncta censetur.

§. 157. *Denique ob adfinitatem aeque ac consanguinitatem PARENTUM LOCO nobis esse dicuntur*, qui immediate sub communi stipite sunt, quum nos ab eo simus remotiores; *e. g. Thius vel Thia nepotibus, vel neptibus ex fratre vel sorore parentum loco sunt*, §. 5. Inst. h. t. *SIMPLIC.* ad Epict. Enchirid. c. 37.

§. 158. *Quibus praestructis, facile intelliguntur iuris civilis de nuptiis regulae. Prima est*: nuptiae inter adscendentes et descendentes in linea recta in infinitum prohibentur, §. 1. Inst. L. 53. D. h. t. *Quam regulam et ob canones, et ob* Lev. cap. XVIII. 7 seq. *mores hodierni sequuntur.*

§. 159. *Altera regula est*: in linea obliqua aequali iure civili secundus gradus semper est prohibitus; quartus permissus: in inaequali tertius semper prohibitus: quartus et reliqui tantum inter eas personas, quae sibi invicem parentum ac liberorum loco sunt (*a*) (§. 53). *At ius canonicum prohibitionem ad gra-*

(*a*) *Hinc prohibitae sunt nuptiae inter fratres, et sorores*, §. 2. Inst. h. t., *eum amita et matertera*, §. 4 5 Inst. eod., *non autem inter consobrinos*, §. 4 Inst. h. t. *Quamvis enim has nuptias prohibuerit Theodosius*, L. un. C. Th. si nupt. ex resc. petant.; *easdem tamen denuo permiserunt Arcadius, et Honorius Imperatores*, L. 19 C. de nupt.; *quos*

Il GRADO è *la distanza de' cognati*; la LINEA è *la serie delle persone discendenti da uno stipite comune*: dessa dividesi in RETTA *che abbraccia i genitori ed i generati*; in OBBLIQUA, COLLATERALE che abbraccia quelli che sono lateralmente congiunti.

§. 154. Nella linea retta si il dritto civile che canonico son tra loro d'accordo, poichè entrambi numerano tanti gradi quante sono le generazioni. Quindi il padre e la figlia distano di un grado, l'avo e la nipote di due, la bisavola dal pronipote di tre.

§. 155. Nella linea collaterale il dritto civile serba la stessa norma. Quello canonico poi distingue la linea collaterale in EQUALE ed in INEGUALE. Sulla prima ha stabilito l'assioma: *le persone cognate per quanti gradi distano dal comune stipite, per altrettanti altri distano tra loro*. Quindi per dritto civile il fratello dista dalla sorella di due gradi, di uno secondo quello canonico; i cugini per l'uno sono in quarto grado, per l'altro in secondo. Nella linea *ineguale* la regola è: *per quanti gradi la persona più remota dista dal comune stipite, per altrettanti gradi le persone distano tra loro*. Per esempio la sorella di mio avo mi è cognata in quarto grado pel dritto civile in terzo per quello canonico.

§. 156. L'affinità non ha gradi, perchè non ha generazioni (*L.* 4, § 5, *D. de grad.*): nondimeno per analogia si è ammessa la regola: *per quel grado che uno mi è cognato, per lo stesso la sua moglie mi è unita in affinità*.

§. 157. Finalmente sì per l'affinità, che per la consanguineità, risguardansi come nostri genitori coloro che sono immediatamensotto sotto lo stipite comune, benchè ne distassimo; per esempio lo zio e la zia in quanto a' nipoti nati dal fratello e dalla sorella tengono il luogo di genitori (§. *Inst. h. t. SIMPL. nel Manuale di Epitteto* cap. 37.).

§. 158. Ciò posto, facilmente comprendonsi le regole del dritto civile in quanto alle nozze. La prima è: *le nozze tra ascendenti e discendenti in linea retta son vietate all'infinito*, (§. 1, *Inst. L.* 53, *D. h. t.*). Regola prescritta da' canoni, e per lo Levitico (*cap.* 18, *v.* 7 *e segu.*) viene ammessa dagli odierni costumi.

§. 159. La seconda regola è: *in linea collaterale eguale, per dritto civile, il secondo grado è sempre proibito, il quarto permesso. In linea ineguale il terzo è sempre vietato, il quarto e gli altri non son permessi che soltanto tra quelle persone, che tengono tra loro il luogo di padri e di figli* (a) (§. 157).

(a) Quindi son proibite le nozze tra fratelli e sorelle (§. 2 *Inst. h. t.*) colla zia paterna o materna (§. 4, 5 *Inst. eod.*) e non tra' cugini (§. 4 *Inst. h. t.*). Imperciocchè, sebbene Teodosio abbia vietato siffatte nozze (*L. un. C. Theod. si nupt. ex rescr. petant.*) pure Arcadio ed Onorio le permiseto di nuovo (*L.* 19 *C. de nupt.*) e Giustinia-

dum quartum suae computationis extendit, cap. ult. D. de consang. *idque in linea aequali. Nam inaequali respectus parentelae etiam ulterius impedit nuptias. Moribus nostris statuta cujusque provinciae observantur, ita tamen, ut praecipue ratio habeatur legum divinarum*, (§. 147), Lev. XVIII, 20. *quibus quae non prohibentur matrimonia, ea facilius indulgentur a summo Imperante.*

§. 160. *De AFFINITATE eadem fere observanda. Ultra secundum enim gradum lineae obliquae iure civili nullae observantur prohibitiones, nisi personae inter se parentum et liberorum loco sint* (a). *Ast ius canonicum non modo magis extendit has prohibitiones, verum etiam tria fingit adfinitatis genera, quorum* primum *unis*, alterum *binis*, tertium *ternis nuptiis contrahitur*, can. ult. causs. 35 qu. 3. *De usu hodierno idem repetendum, quod monuimus.* § 159)

§. 161. *Fingunt praeterea I. canonistae* cognationem *SPIRITUALEM, per baptismum contractam* (b) *quemadmodum II. et Romanis erat* cognatio *CIVILIS*, *per adoptionem contracta* §. 1 et 2. Inst. h. t.; nec non *quasi adfinitas* ex sponsalibus nata vel ex divortio superpes de qua § 8. Inst. hoc tit. L. 2 §. 1 D de rit nupt. *Sed primam, tanquam absonam, merito dudum explosimus. Posteriores facile admittunt indulgentiam.*

§. 162. *Hactenus de nuptiis* incestis. *Tanquam INDECORAE* (§. 151) *prohibitae erant nuptiae* 1 *inter senatores senatorumque liberos et libertinas, aliasque vilioris conditionis vel turpioris vitae personas* L. 44 pr. D. h. t. 2. *Inter ingenuum et eam, quae artem ludicram, lenocinium, vel quaestum corpore fecerat, nec non a lenone manumissam, vel in adulterio*

---

sequutus Iustinianus, d. §. 4. *Unde negatio ex paragrapho in Graeca paraphrasi non est a Theophili manu. Vide CAR. HANNIB. FABROT T.* Not. pag. 68. *Mores hi non ubique iidem sunt.*

(a) *Ergo non sobsistunt nuptiae inter fratrem, et fratris viduam*, L. 5 L. pen. L. ult. C. de incest. nupt.; *nec inter nepotem et defuncti patrui viduam: subsistunt autem inter consobrinum et consobrini viduam.*

(b) *Hanc Canonistae dividunt in PATERNITATEM, quae est inter baptizantem et baptizatum, item inter baptizatum et patrinum: COMPATERNITATEM, quae inter parentes baptizati et baptizantem, vel patrinos; et CONFRATERNITATEM, quae inter liberos naturales baptizantis, vel patrinorum et baptizatum intercedit. MART. AZPILCUET.* tom. 3 c. 27 n. 36. *Similiter hi numerabant gradus, nuptiasque ob hanc spiritualem cognationem ad gradum septimum: postea decreto Concilii Tridentini ad secundum usque inhibebant.*

Ma il dritto cononico estende la sua proibizione sino al quarto grado giusta il suo modo di computare (*Cap. ult. D. de consanguin.*), e ciò in linea eguale; imperocchè per quella ineguale il rapporto di padre e di madre vieta le nozze anche ne' gradi ulteriori. Secondo le nostre consuetudini osservansi gli statuti di ciascun paese, sempre però sottoposti alle leggi divine (§. 147) (*Levitic. cap.* 18 e 20); que' matrimoni che non vengono da siffatte leggi proibiti, facilmente il sommo imparante ne accorda il permesso (la dispensa).

§. 160. Lo stesso ad un dì presso è da osservarsi per l'affinità. Imperocchè non avvi per dritto civile alcuna proibizione al di là del secondo grado della linea collaterale, eccetto che le persone non siano tra loro nel rapporto di genitori e di figli (*a*). Ma il dritto canonico non solo estende dippiù siffatte proibizioni, ma ha immaginato altresì tre specie d' affinità, delle quali la prima contraesi con un primo matrimonio, la seconda con un secondo, la terza con un terzo (*Can. ult. causs.* 35, *qu.* 3). Per l'odierna consuetudine vale ciò che dicemmo nel § 159.

§. 161. Inoltre 1.° immaginansi i canonisti una PARENTELA SPIRITUALE contratta col battesimo (*b*): 2.° del pari che presso i Romani esisteva una parentela civile contratta coll' adozione (§. 1. *c.* 2, *Inst. h. t.*), non che una QUASI-AFFINITA' nata dagli sponsali, od in conseguenza di divorzio (§. 8, *Inst. h. t. L.* 2, § 1, *ff. de rit. nupt.*). Da molto tempo ne venne con ragione la prima come assurda ributtata. Le ultime ammettono facilmente dispensa.

§. 162. Finora delle nozze INCESTUOSE. Come DISONESTE (§ 151) erano vietate le nozze 1. tra senatori, e loro figli colle libertine, le persone di condizione vile e di condotta vergognosa (*L.* 44, *pr. D. h. t.*); 2. tra un ingenuo ed una ballerina, una maestra di lupanare, una prostituta, o che fosse stata manumessa da un ruffiano, o colta in adulterio, o condan-

---

no fece lo stesso (*d.* § 4). Sicchè ciò che vien negato da Teofilo in questo paragrafo della greca parafrasi, non è di sua mano (CAR. HANN. FABROT, (Not. p. 68). Su tal punto le consuetudini non sono da per tutto uniformi.

(*a*) Le nozze quindi non possono aver luogo tra un fratello e la vedova dell' altro (L. 5, L. *pen. L. ult. C. de incest.*); nè tra 'l nipote e la vedova del zio; valgano però tra un cugino e la vedova di un altro cugino.

(*b*) I canonisti la dividono in *paternità* che ha luogo tra 'l battezzante ed il battezzato, del pari che tra 'l battezzato ed il patrino: in compaternità tra' genitori del battezzato e 'l battezzante o patrini: in *confraternità* tra' figli naturali del battezzante o de' patrini, e 'l battezzato (MATR. AZPILCUETA, tom. 3, cap. 27 n. 36). Del pari in siffatti casi numeravano i gradi ed inibivano le nozze per questa spirituale cognazione fino al settimo grado; ma poscia il concilio Tridentino limitò una tale inibizione sino al secondo grado.

deprehensam, *vel iudicio pubblico damnatam*, L. 43 D. eod. *Vid.* Comment. nostr., ad. leg. Iul. et Pap. Popp. lib. 2, cap. 1 et 2: 3. *Inter adulterum et adulteram*, *raptorem et raptam*, L. 26 D. h. t. L. un §. 1 C. de rap. virg. Nov. CXXXIV. cap. 12: 4. *Inter vitricum et privigni viduam* L. 15 D. de rit. nupt. 5. *Cum filia*, *quam uxor post divortium ex alio viro peperit*, §. 9 Inst. h. t. *Sed primam prohibitionem Iustinianus sustulit*, L. 23 L. ult. C. h. t. Nov. LXXII. c. 3. *Secundam et tertiam evertit ius canonicum*, *quod et raptorem ducere patitur raptam* c. fin. D. de rapt. virg. *et adulterum adulteram*, *dum ne adulterium factum sit sub spe futuri matrimonii*, *nec adulter uxoris*, *vel adultera mariti vitae struxerit insidias* c. 6 D. de eo, qui dux. in matr. quam poll. per adult. l. *Quo iure multis locis utuntur.*

§. 163. *Denique tamquam NOXIAE prohibentur nuptiae*: 1. *Christiani cum Iudaea*, *vel contra*, L. 6 C. de Iud.: 2 *tutoris vel curatoris*, *filiive eius cum pupilla vel adulta*, *rationibus nondum redditis*, L. 59 *seq.* D. de rit. nupt.: 3 *Praesidis*, *vel alius cuiuscumque*, *qui officio publico praeest in provincia*, *cum muliere provinciali*, L. 57 L. 63 D. de rit. nupt.: 4 *Clericorum aliorumque*, *qui castitatis voto se obstrinxerunt*, L. 44 C. de Episc. *et* Cler. Nov. VI. c. 1 §. 7. *Sed tertia etiam prohibitio hodie ubique*, *postrema*, *antiquiori ac puriori Ecclesiae ignota*, Lib. 2 §. 4 C. de Episc. *et* Cler. *inter Protestantes exsulat ob Ep. ad* Hebr. XIII. 4. 1 T, III. 2. *et* IV. 3.

§. 164. *Si qui adversus leges*: *cocunt nec vir*, *nec uxor*, *nec nuptiae*, *nec matrimonium*, *nec dos intelligitur*, *adeoque nec liberi*, *ex isto coitu nati*, *in potestate sunt*, §. 12 Inst. h. t.; *ad quem locum multa habeas in* Comm. nostro ad. leg. Iul. *et* Pap. Popp. Lib. II. c. 6. *Quamvis canones et quorumdam locorum mores multa indulgere soleant in honorem matrimonii semel contracti.*

De Legitimatione.

§. 165. *Altera patriae potestatis caussa est LEGITIMATIO* (§. 144.), *ignota veteribus*, *et a Constantino et successoribus demum inventa.* (a)

(a) *Libera Republica Senatus*; *sub initium status monarchici princeps*, *aliquando legibus solvebat vel parentes*, *qui liberos extra iustum matrimonium procreaverant*, *vel ipsos liberos ex iniusto matrimonio*, *immo ex incestis nuptiis natos*, *LIV.* Lib. XXXVIII. cap. 36 L. 57 D. de rit. nupt. *Sed id fiebat extra ordinem*: *neque tum proditus erat modus ordinarius*, *illegitimos in patriam potestatem redigendi.*

nata con pubblica sentenza (L. 43, *D.* eod veg. il *nostro comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. lib.* 2, *cap.* 1 *e* 2); 3. tra l'adultero ed l' adultera, il rapitore e la rapita (*L.* 26, *D. h. t. L. unic. cod. de rapt. virg. Nov.* 134 c. 12): tra 'l padrigno e la vedova di suo figliastro (*L.* 15, *D. de rit. nupt.*); 5. con quella nata con altro uomo dalla moglie divorziata (§. 9, *Inst. h. t.*). La prima abolizione venne proibita da Ginstiniano (*L.* 23, *L. ult. cod. h. t. Novel.* 72, *cap.* 3.). La terza e quarta venne distrutta dal dritto canonico permettendo che il rapitore sposi la rapita (*C. fin. D de rapt. virg.*), l' adultero l' adultera, purchè l' adulterio non siasi commesso colla speranza futura di matrimonio, e che l' adultero non abbia attentato alla vita della moglie e l' adultera a quella del marito (*C.* 6; *X de eo qui dux. in matr. quam per ad alt. poll.*). In molti paesi vigono siffatte leggi.

§. 163. Finalmente come NOCIVE son vietate le nozze 1. tra cristiani e giudei (*L.* 6, *c. de jud.*); 2. tra tutore, curatore, o di loro figli, colla pupilla o adulta finchè non siasi dato conto dell' amministrazione de' beni (*L.* 59 *e s. D. de rit nupt.*); 3. tra 'l preside o qualunque altro pubblico funzionario nel governo di una provincia con una donna del luogo (*L.* 57, *L.* 63. *D. de rit. nupt.*); 4. con tutti coloro che sono astretti dal voto del celibato (*L.* 44, *Cod. de episc. et cler. Nov. VI* c. § 7.). La terza proibizione ora non esiste in niun luogo; l' ultima era ignota nella primitiva e pura chiesa (*Lib.* 2. § 4 *c. de Episc. et Cler.*), non è ammessa tra protestanti a cagione della lettera agli Ebrei (*cap.* 13, *v.* 4. *ad Timoth.* 3, *v.* 2 *e c.*4 *v.*3.

§. 164. Se taluni si mariti contro il prescritto dalle leggi; non esiste nè marito, nè moglie, nè nozze, nè matrimonio, nè dote (essendo il tutto nulla), di guisa che i figli che nascon da siffatto matrimonio, non godono di niun diritto civile del padre (§ 12 *Inst. h. t.*). Diffusamente ci siamo su di ciò occupati nel nostro Comm. sulle leggi Giulia e Papp. Popp. (*L.* 2, *cap.* 6). Nondimeno in molti paesi i canoni e gli usi sogliono essere molto indulgenti pel matrimonio una volta contratto.

Della legittimazione

§ 165. Il secondo mezzo di acquistare la patria potestà vien costituito dalla *LEGITTIMAZIONE* (§ 144); ignota agli antichi, introdotta da Costantino e suoi successori (*a*).

(*a*) In tempo della repubblica il senato; nel principio della monarchia il principe esentava talora dal rigore della legge o de' genitori che aveano de' figli illegittimi, o questi nati da un matrimonio illegittimo o da nozze incestuose. TITO LIVIO *lib.* 38 *cap.* 36, L. 57 D. *de rit. nupt.* Ma ciò facevasi estraordinariamente, non essendosi per anco ritrovato un mezzo regolare per sottoporre alla patria potestà i figli illegittimi.

§. 166. *Est vero* LEGITIMATIO *actus; quo liberi illegitimi finguntur ex iusto matrimonio nati, et hinc instar legitimorum rediguntur in patriam patestatem. Luculenter de hac fictione egit iureconsultus eximius* Io. STRAUCH. Diss. Inst. IV. §. 3.

§. 167. *Quum ergo fundamentum legitimationis sit fictio* (§. 166.), *fictio vero omnis ponat personas habiles; facile patet, non pertinere legitimationem ad* spurios, *vel vulgo* quaestitos, *nec ex* adulterio, *vel* incestu *procreatos, quorum inter parentes fingi non potest matrimonium*, Nov. LXXXIX. cap. 14, Nov. LXXIV, cap. 6; *sed ad* liberos naturales, *vel* nothos, *id est de concubina susceptos*, §. ult. Inst. h. t. L. 10 C. de nat. lib. Nov. CXVII. c. 2.

§. 168. *Legitimandi modi tres referuntur*: *I. per* subsequens matrimonium, *a Constantino*; *II. per* dationem curiae, *a Theodosio Iuniore*; *III. per* rescriptum principis, *a Iustiniano inventus* (*a*).

§. 169. PER SUBSEQUENS MATRIMONIUM *legitimantur liberi naturales, quorum parentes concubinatum in nuptias commutant. Cuius rei signum olim erant instrumenta dotalia*, §. ultim. Instit. hoc. tit. Hodie ἱερολογία *Ecclesiastica* (§. 148.).

§. 170. PER CURIAE DATIONE *legitimabantur, qui a patre in album curialium* (*b*) *relati; quaeve in matrimonium collocatae fuerant curialibus*, L. 3 Lib. 4. et 9 C. de natur. lib. §. ult. Inst. h. t.

§. 171. *Denique et* RESCRIPTO PRINCIPIS *legitimabantur ii, quorum pater, qui concubinam ducere non poterat, sacrum principis oraculum impetraverat*, Nov. LXXXIX. cap. 9.

§. 172. *Quum ergo legitimatione liberi illegitimi in patriam potestatem redigantur* (§. 166); *consequens est*: 1 *ut id fieri nequeat sine liberorum consensu*, L. 11 D. de his, qui sui vel al. iur. *quippe qui in conditionem deteriorem hoc ipso rediguntur* (§. 137): 2 *Ut legitimati patri succedant tanquam sui. Quod*

(*a*) *Non multum differt modus legitimandi per adrogationem, inventus ab Anastasio*, L. 6. C. de nat. lib., *a Iustino abrogatus*, L. 7 C. eod., *et a Iustiniano ipso*, Novell. LXXXIX. c. 7., *sed ab eodem tamen invento modo per rescriptum principis vere in usum revocatus*, Novell. LXXIV. c. 3. *et* LXXXIX. c. 10. *Ab eo etiam reperta legitimatio per testamentum*, Novell. LXXIV. c. 2.

(*b*) *Cave tamen erres cum vulgo, et curiae datos statim decuriones factos putes. Immo curiae fiebant obnoxii, eique serviebant periculo suarum facultatum.* L. 4 C. de nat. lib. L. 50 55 60 et 64 C. de decurionib. *Hinc nec militiae nomen dare, ne ruri extra municipium vivere poterant, curiae quippe, veluti glebae adscripti*, L. 17 C. de decurion., L. un. C. si curial. relect. civ. *Luculenter rem omnem explicavit* EDM. MERILL. Obs. 57 c. 26 p. 109.

§ 166. *La LEGITTIMAZIONE è un atto mediante il quale i figli illigitimi suppongonsi nati da un legitimo matrimonio*, e vengono perciò al par de' legitimi sotto la patria potestà. Argomento magistralmente trattato dal celebre giureconsulto STRAUCHIUS (*Dissert. de Inst.* lib. 4, § 3.).

§ 167. Siccome la base della legittimazione consiste in una finzione (§ 166) e che la stessa suppone delle persone suscittibili ad esser legittimate, così ne segue che non può aver luogo nè tra bastardi, nè tra quelli nati da una prostituta, d' adulterio o da incesto, tra' cui progenitori non si può supporre matrimonio (Nov. 89, *cap.* 14. *Nov.* 74 c. 6); ma risguarda i figli naturali o nati di concubinato (§ *ult. Inst.* 4. *t. L.* 10 *Cod, de' figli naturali. Nov.* 117, cap. 2).

§ 168. Per tre modi venne la legittimazione sanzionata: Costantino la stabilì 1.° *per matrimonio susseguente*; 2.° Teodosio il giovine *per oblazione della curia*; 3.° Giustiniano *per rescritto del principe. (a)*

§ 169. Legitimavansi per susseguente matrimonio i figli naturali tostochè i genitori passavan dal concubinato al matrimonio. Di che anticamente costituiva la pruova l' atto matrimoniale, (§ *ult. Inst. h. t.*), ed ora la benedizione sacerdotale (148).

§ 170. Venivano legittimati i figli naturali per *oblazione della curia* qualora dal padre erano iscritti nell' albo de' curiali (*b*), e se le figlie venivano date in matrimonio a' prefati curiali (L. 3, Lib. 4 e 9, *Cod. de' figli naturali* § *ult. Inst. h. t.*).

§ 171. Si legittimavano finalmente per rescritto del principe, qualora il padre non potendo sposare la concubina, impetrava la grazia del principe (*Novel 89, c. 9*).

§ 172 Facendo cadere la legittimazione i figli naturali sotto la patria potestà (§ 166) ne segue: 1.° che non poteva aver luogo senza il loro consenso (*L.* 11 *D. di quei che sono liberi o servi*), poichè passavano in una condizione inferiore (perchè da liberi cadevano sotto *l'altrui dominio*) (§ 137). 2.° Che i legittimati succedevano al padre come suoi eredi, lo che inten-

---

(*a*) Non differisce gran fatto il modo di legittimare per arrogazione, introdotto da Anastasio *L.* 6. *C. de nat. lib.*, e abolito da Giustino *L.* 7. *C. eod.* e dello stesso Giustiniano *Nov.* 89 *c.* 7; ma nell' introdurre la legitimazione per rescritto del principe lo rimise in vigore. *Nov.* 74 *c.* 3 *e n.* 89 *c.* 10, e del pari introdusse la legittimazione per testamento. *Nov.* 74 *c.* 2.

(*b*) È da schivarsi l'errore volgare, che gl' iscritti nell' albo tosto divenivano decurioni. Chè anzi erano soggetti alla curia e la servivano a proprie spese, *L.* 4 *Cod. de nat. lib.* 50, *L.* 55, *L.* 60, *L.* 64, *c. de dec.* Quindi non potevano nè arrollarsi alla milizia, nè vivere in campagna fuori del territorio municipale, perchè erano attaccati alla curia come alla gleba. *L.* 17, *C. de decur. L. un. C. si curial. relict. civ.* Obietti tutti lucidamente spiegati ed illustrati da EDM. MERILLO. *Observ. lib.* 7. *cap.* 25, *p.* 109.

tamen de legitimatis per subsequens matrimonium intelligendum, §. ult. Inst. de nupt. §. 2. Inst. de hered. ab intest. Lib. 10. C. de nat. lib. *Legitimati enim per rescriptum admittuntur, si soli sint*, Nov. LXXXIX. c. 9. *Si iam alii ex iusto matrimonio exstent, hi merito praecipuam habent legitimam: ad reliquam portionem et legitimati admittuntur, si id voluerit pater, et hoc diserte indultum sit rescripto principis*. Arg. Auth. praeterea, auth. item, et auth. si quis, L. 4 C., de natur. lib. *GUDELIN*, Lib. I. c. 15.

§. 173. *Ceterum hodie et oblatio curiae locum non habet, quia conditio curialium* (§. 170. (a)) *ignota est; et per rescriptum saepius legitimatio fit, ut macula natalium eluatur, quam ut illegitimi redigantur in patriam potestatem. Unde et spuriis, immo et adulterinis, et incestuosis, id beneficium denegari non solet.* (*Conf.* Elem. iur. Germ. Lib. I. tit. 7. §. §. 154. seq.)

TITULUS XI.

De Adoptionibus.

§. 174. *Tertius modus adquirendi patriam potestatem est ADOPTIO* (a) (§ 144).

§. 175. *ADOPTIO latius accepta est actio solemnis qua in locum filii vel nepotis adsciscitur is, qui natura talis non est*, pr. Inst. h. t. *Ideoque adoptio imitatur naturam*, §. 4. Inst. h. t., *in solatium quippe eorum, qui liberos non habeant; vel uti eleganter Teophilus*: εἰς τὸ τῆς φύσεως ἐλάττωμα ἢ δυστύχημα ἐπικουφίσαι, ad molliendum naturae defectum vel infortunium, *inventa*: *THEOPHIL*. pr. h. t.

§. 176. *Quum ergo adoptio imitetur naturam* (§. 175): 1 *illi adoptare tantum possunt, qui possunt et parentes esse, et liberos in potestate habere, adeoque*: 2 *et spadones, non autem castrati* (b), §. 9 Inst. h. t. L. 2 §. 1 L. 40 §. 2 D. h. t.: *nec* 3. *impuberes*, arg. §. 4 Inst. h. t. *nec* 4 *foeminae, nisi in solatium liberorum amissorum ex indulgentia principis*, §. 10. Inst. h. t. L. 5 C. h. t.: *nec* 5 *natu minores, maiores, sed qui eos, quos in filios adoptant, plena saltem pubertate, id est,*

(a) *Ergo semper adoptio iure veteri redegit in patriam potestatem: adeoque adoptio minus plena* (§. 186.), *et per testamentum* (*TACIT*. Ann. lib. 4. cap. 1.): *quamvis antiquissima, vix hoc nomen mereatur.*

(b) *Quamvis enim et his promiscuo id ius tribuerit Leo in* Nov. 26, *ea tamen contra ius Iustinianeum vix obtinet* (§. 177.)

dersi de' legittimati per susseguente matrimonio (§ *ult. Inst. delle nozze*, § 2 *degli eredi ab intest. L.* 10, *Cod. de' figli nat.*). I legittimati poi per rescritto del principe, vi sono ammessi se soli (*Nov.* 89 *cap.* 9); ma se vi sieno de' figli legittimi, questi meritamente hanno la legittima ad essi particolare. I legittimati sono ammessi a partecipare del rimanente, qualora il padre l'abbia voluto, e sia stata tal facoltà espressamente accordata per rescritto del principe (*Auth. praeterea. Auth. item, et Auth. si quis, L.* 4 *cod. su' figli naturali*. GUDELIN. lib. 1. cap. 15).

§ 173. Del rimanente al presente l'oblazione alla curia non ha luogo, perchè ignorasi la condizione de' curiali (§ 170 *): la legittimazione per rescritto del principe si fa più per togliere la macchia della nascita impura, anzichè per sottomettere alla patria potestà i figli illegittimi. Laonde siffatto beneficio non negasi a' figli naturali nè tampoco a' bastardi ed incestuosi.

TITOLO XI.

Delle adozioni.

§ 174. L'adozione costituisce il terzo modo di acquistare la patria potestà (*a*) (§ 144).

§ 175. L'*adozione* in ampio significato *è un atto solenne mercè del quale prendesi in luogo di figlio o nipote colui che per natura non è tale* (*Pr. Inst. h. t.*), di guisa che per siffatto modo imita la natura (§ 4 *Inst. h. t.*), poichè fu escogitata in sollievo di coloro che non hanno figli, o, come elegantemente dice *Teofilo*, (*eis to tês phuseos elattôma è dustuchêma epikouphisai*), *per compensarsi dell' avarizia della natura o de' danni dalla morte cagionati* (*Teof. pr. h. t.*).

§ 176. L'adozione adunque imitando la natura (§ 175), possono adottare coloro soltanto che sono nel caso di essere padri, e aver figli sotto la loro potestà, e per ciò 2.° è permessa l'adozione a' spadoni, ma non a' castrati (*b*) (§ 9 *Inst. h. t. L.* 2, § 1 *D.* 40, § 2, *D. h. t.*); 3.° non è del pari permessa agl' impuberi; (*Arg.* § *D. h. Just.* 4. *t*) nè alle donne, eccetto che non venga accordata per ispeciale rescritto del principe, in sollievo de' figli perduti (§ 10 *Inst. h. t. L.* 5. *Cod. h. t.*); 5.° i più giovani non possono adottare i più veochi, e colui che adotta bisogna, allorchè trattasi di figlio, che abbia almeno l'età di

(*a*) L'adozione adunque secondo il dritto antico sottoponeva sempre sotto la patria potestà; Quindi l'adozione imperfetta e quella per testamento (§ 186. 4 cap. 1) TACITO. *An. lib.* 4. *cup.* 1) benchè antichissime appena meritano tal nome.

(*b*) Benchè l'imperatore Leone nella *Nov.* 26 avesse indistintamente ad essi accordato un siffatto dritto, purnondimeno ciò di rado ebbe luogo contro il dritto giustinianeo (§ 177.)

XVIII annis; *eos quos in nepotes XXXVI annis praecedunt*, §. 4 e 5 Inst. h. t. L. 40 §. 1 D. h. t.

§. 177. *Et quia in solatium eorum, qui liberos non habent, inventa adoptio* (§. 175), *sequitur* 6 *ut adoptare ii ordinarie nequeant, qui per aetatem adhuc liberis procreandis studere possunt, quales sunt minores annis LX.* L. 17 §. 2 D. h. t. 7; *ut nec ii facile* (*a*) *possint adoptare, quibus iam sunt liberi naturales*, d. L. 17 §. 3 D. eod. *CIC.* pro domo c. 12 8 *ut, si quis in locum nepotis adoptare velit, filii consensus requiratur, ne ei invitus heredes agnoscatur*, L. 5 et 6 D. h. t.

§. 178. *Adoptatur autem vel paterfamilias, vel filiusfamilias: ille per ADROGATIONEM, hic per ADOPTIONEM strictius dictam*, L. 1 §. 1 D. h. t. §. 1 Instit. h. t.

§. 179. *ADROGATIO est actus, quo homo sui iuris auctoritate summi Imperantis* (*b*) *in patriam alterius potestatem redigitur*, L. 1 §. 1 Inst. L. 2 pr. D. h. t.

§. 180. *Quum itaque adrogatione homo sui iuris in potestatem patriam redigatur* (§. 179), *aequissimum est*: 1 *illum, qui adrogatur, auctorem fieri*, L. 21 D. de his, qui sui vel alien. iur. *CIC.* pro domo, c. 28, *GELL.* L. 5 c. 19; 2 *Liberos etiam et bona adrogati simul cum illo in adrogatoris potestatem et familiam transire*, §. 2 *et* 11 Inst. h. t. L. 40 D. h. t. Inst. de adquis. per adrog.; 3 *Impuberem, qui auctor ipse fieri non potest, iure veteri adrogari non potuisse. GELL.* ibid.

§. 181. *Ast Antoninus tamen Pius adinvenit modum quo et impuberes adrogari possent, modo id fieret*: 1 *consensu propin-*

(*a*) *Libera rep., id plane non videtur fuisse concessum. Principes aliquando adoptabant, quamvis iis essent naturales, ut domum regnatricem fulcris quamplurimis firmarent. Sed id ne in iis quidem reprehensione caruisse, ostendit IAC. PERIZON.* Animadvers. hist. cap. 3 pag. 125. *Quod ergo rarissime forsan indultum privatis, non statim venditandum pro iure ordinario, id quod facere videtur REINOLD*, in Var. c. 42 p. 307.

(*b*) *Olim iussu populi, in comitiis curiatis legem de adoptione huiusmodi ferentis, et auctoritate Pontificum, quia adoptivus in sacra adoptantis transibat, CIC.* pro domo cap. 13. *Adrogationis solemnis formula est apud GELLIUM*, lib. 5 c. 19, *eoque more usi sunt et ipsi imperatores, veluti Augustus, adrogans Agrippam et Tiberium, SUETON.* Aug. c. 63, *et Claudius Neronem, TACIT.* Annal. lib. 12 cap. 25 *privati vero saltim ad Galbam usque, TACIT.* Hist. lib. 1 cap. 14. *Sed postquam principes paullatim omnia legum, magistratuum, pontificum munia ad se traxerant, nullo adversante, invaluit mos per principis rescriptum adrogandi, iam tempore Caii*, L. 21 D. h. t. (*ubi sane interpolationis Triboniani nulla suspicio locum habet, quia foemina particeps non erat comitiorum*), *immo a temporibus Galbae, ut non abs re coniicit. SCHLUTING.* Iurisp. antiq. p. 589.

diciotto anni (*pubertate plena*), se poi di nipote che sia di 36 anni dippiù dell' adottato (§ 4 e 5 *Inst. h. t. L.* 40, § 1 *D. h. t.*).

§ 177. E poichè l' adozione fu introdotta per sollievo di coloro che non hanno figli (§ 175) ne segue, 6.° che non possono adottare coloro che sono tuttora atti a procrearne, come sono quelli che hanno meno di 60 anni (*L.* 17, § 2 *D. h. t.*); 7.° non lo possono del pari coloro (*a*) che hanno figli naturali (*L.* 17, § 3, *D. h. t. CICER. pro dom.*); 8.° che se vuolsi adottare un altro per nipote fa d' uopo che il figlio vi acconsenta, per non dargli uno erede suo malgrado (*L. 5 e 6 D. h. t.*).

§ 178 Adottasi il padre od il figlio di famiglia; il primo coll'ARROGAZIONE, il secondo coll'ADOZIONE rigorosamente detta (*L.* 1. §. 1, *D. h. t.* § 1 *Inst. h. t.*).

§ 179. L' ARROGAZIONE *è un atto mediante il quale una persona libera coll' assenso del principe* (*b*) *si mette sotto la patria potestà di un altro* (§ 1 *Inst. h. t. L.* 2 pr. *D. h. t.*).

§. 180. L' arrogazione dunque sottomettendo un uomo libero alla patria potestà (§ 179) ne segue per legittima conseguenza: 1.° che l' arrogato vi acconsenta (*L.* 11, *D. de his qui sui vel alien. jur. CICER pro dom. cap.* 28. *CELL. lib.* 5 *cap.* 19); 2.° che insieme con lui i suoi figli ed i suoi beni passino in potere e nella famiglia dell' arrogatore (§ 2 e 11 *Inst h. t. L.* 40 *D. h. t. Inst de acquisit per adrog.*); 3.° che l' impubere incapace a dare il suo consenso, non possa pel dritto antico, essere arrogato (*CELL. ibid.*).

§ 181. Ma Antonino Pio ritrovò il mezzo di arrogare gl'impuberi, purchè si facesse 1.° con consenso de' parenti ; 2.° coll'

(*a*) In tempo della repubblica non sembra essere stato ciò concesso. I principi, talora adottarono, malgrado che avessero de' figli naturali, per vieppiù consolidare la famiglia regnante. Ma su di ciò non furono esenti da biasimo, come dimostra Giacomo PERIZONIO (*Animad hist. cap.* 3 *p.* 125). Ciò, forse che fu qualche rarissima volta accordato a' particolari per ispeciale grazia, non dee aversi come uo dritto ordinario, secondo sembra che opini REINOLD (*in Var. cap.* 42. *p.* 307).

(*b*) Anticamente coll' autorità del popolo, che ne' comizii curiati sanzionava la legge di siffatta specie di adozione, e coll' autorità del pontefice acciò l' adottato passasse nel dritto divino dell' adottante (CIC. *pro dom.* c. 13). La formola solenne dell' arrogazione rinviensi in AULO GELLIO (lib. 5 cap. 19); rito praticato altresì dagl'imperatori come Augusto nell' arrogare Agrippa e Tiberio (SVETONIO *nella vita di Aug. cap.* 65); Claudio nell'arrogare Nerone (TACITO, *Ann. lib.* 12, *c.* 25); i privati poi lo praticarono pressochè sino a Galba (TACITO *Istor. lib.* 1 c. 14). Ma dopochè i principi a poco a poco arrogaronsi il potere delle leggi, l' autorità de' magistrati e de' pontefici senza incontrare alcuna opposizione, s'introdusse l' uso di arrogare per rescritto del principe, e ciò fin dal tempo di Caio, *L.* 2, *D. h.* 1. (la qual legge non dà sospetto di essere stata alterata da Triboniano, poichè non era permesso alle donne intervenire ne' comizii), anzi fin da' tempi di Galba, siccome non senza fondamento conietturа SCULTING (*Jurisp antejust.* p. 589.)

quorum ; 2 *auctoritate tutorum* ; 3 *caussa cognita, an adrogatio honesta sit* , *pupilloque expediat* ; 4 *datis ab adrogante fideiussoribus, mortuo intra pubertatem pupillo* , *bona restituturum iri illis* , *ad quos illa pertinerent, si non facta fuisset adrogatio*; 5 *item patrem sine caussae cognitione filium adrogatum non emancipaturum, et, si emancipaverit, eidem restituturum omnia bona, quae ad se attulerit, et relicturum insuper quartam suorum*, (*a*) §. 3 Inst. h. t. L. 15 §. 2 3 L. 17 §. 1 et seq. L. 18 et seq. L. 22. §. 1 D. h. t. 2 C. eod. L. 8 §. 15 D. de inoffic. testam.

§. 182. *Quum porro adrogati redigantur in potestatem* (§. 179), *consequens est*: 1 *ut etiam participes fiant iurium agnationis* , *quippe quae sola civilia sunt*, *non cognationis* , *quae naturalia*, L. 23 D. h. t.; 2 *Ut adrogati in nomen sacra* , *gentem*, *nobiliatem patritiam et imaginum transueant* (*b*) L. 13. h. t. , *et patricii a plebeis adrogati eam nobilitatem* , *non autem senatores senatorumque filii ordinem senatorium ammittant* , d. L. 13 L. 35 D. h. t. *et* L. 6 §. 1 D. de senator. PERIZON. ad Const div. Deut. XXV. v. 5 e 6 p. 83; 3 *Ut adrogati patri adoptivo et fratribus* , *in eiusdem potestate constitutis*, *aliisque agnatis* , *non autem patris adoptivi uxori*, *et cognatis*, *succedant ab intestato* , §. 2 Inst. de legit. agn. succ.

§. 183. *Hactenus de* adrogatione : *sequitur iam ADOPTIO, strictius dicta* (§. 178), *quae est* actio legis , (§. 69. 2), qua liberos , qui in parentum potestatem sunt , adoptamus imperio magistratus (*c*), L. 2 pr. D. L. 1 C. h. t.

(*a*) *Vocatur haec quarta divi Pii* , *eamque alii interpretantur de quarta omnium bonorum* , *alii de quarta portione ab intestato debitae vel legitimae, ne melior sit adoptivi conditio, quam naturalis. Quamvis autem verior videatur prior sententia* , *tum ob verba* : quarta bonorum suorum. §. 3 Inst. h. t. L. 2 C. de adopt. *item* : ex bonis , quae mortis tempore illius , qui adoptavit , fuerunt , para quarta ad eum pertineat , qui adoptatus est, L. ult. D. si quid in fraud. patr.; *tum quia illa quarta non petitur querela inofficiosi* , *uti legitima*, *sed iudicio familiae erciscundae* L. 8 §. 15 D. de inoff. test. L 2 §. 1 D. famil. ercisc. , *vix tamen contingere potuisse arbitror* , *ut ea quaestio incideret. Nam cum nec ei facile daretur facultas adoptandi* , *qui iam liberos suscepisset* , *nec ei, qui eius aetatis esset*, *ut posset liberorum procreationi studere* (§. 177) , *omnium minime id concessum videtur adrogaturis impuberes* , *ob accuratam* , *quae tunc praemittenda erat* , *caussae cognitionem*, L. 17 §. 2. *seq. D. h. t.*

(*b*) *Id tamen hodie secus se habet* , *nisi summus Imperans adrogato simul iure nobilitatis conferat. Quod ordinarie non possunt principes et ordines Germaniae* , *quum tamen eorum auctoritate fieri possit adrogatio.*

(*c*) *Olim adoptio fiebat per aes et libram* , *intercedente trina venditione et emancipatione imaginaria* , *et duabus manumissionibus* , *ob ius*

autorizzazione de' tutori ; 3.° con cognizion di causa che l'arrogazione fosse onesta ed utile al pupillo ; 4.° dando l'arrogante cauzione fideiussoria , che in caso che il pupillo morisse prima della pubertà, restituirebbe i beni dell'arrogato a coloro che appartenessero, come se non vi fosse stata l' arrogazione ; 5.° che il padre arrogatore senza cognizion di causa non emanciperebbe il figlio arrogato, e nel caso che lo facesse, gli restituirebbe tutt' i beni che con sè gli avea apportato, e gli lascierebbe inoltre la quarta de' suoi (*a*) (*§ 3 Inst. h. t. L.* 15, *§* 2 *e* 3. *L.* 17, *§* 1 *e seq. L.* 18 *et seq. L.* 22. *§* 1. *D. h. t. L.* 2, *Cod. eod L.* 8, *§* 15 *D. de inoffic. testam.*).

§. 182. Passando dunque gli arrogati sotto la patria potestà (§ 179), ne segue : 1.° che partecipino del dritto di agnazione, che sono i soli dritti civili , e non quelli di cognazione che sono naturali (*L.* 23, *D. h. t.*); 2.° che il nome, le cose sacre , la famiglia , la nobiltà patricia e le imagini dell' arrogante passino in dritto dell' arrogato (*b*) (*L.* 13 *D. h. t.*) ; che i patricii adottati da' plebei perdevano la nobiltà , ma che i Senatori ed i loro figli conservano l' ordine senatorio (*L.* 13, *L.* 35 *D. h. t. L. 6. §* 1 *D. de Senator. PERIZ. ad Cost. Dio. Deut.* xxv., v 5 e 6); 3.o che gli arrogati succedono *ab intestato* al loro padre adottivo , a' fratelli sottoposti alla stessa potestà ed agli altri agnati , ma non alla moglie ed a' cognati del padre adottivo (*§* 2 *Inst. de legit. agn. success.*).

§ 183. Discussa l'arrogazione passiamo ora all' ADOZIONE rigorosamente detta (§ 178), *la quale costituisce un' azione della legge* (§ 69, 2.) *in virtù della quale coll' autorizzazione del magistrato adottiamo de' figli che sono sotto la potestà de' loro genitori* (*c*) (*L.* 2, *pr. D L.* 1. *Cod. h. t.*).

(*a*) Ciò che dicesi la *quarta Antoniniana.* Alcuni vogliono che fosse la quarta di tutt'i beni ; altri la quarta della quota dovuta *ab intestato*, cioè la legittima, acciò la condizione dell' adottato non fosse migliore di quella de' figli naturali. La prima opinione sembra la più probabile si per questi termini : *la quarta de'suoi beni*, § 3, *Inst. h. t. L.* 2, *C. de adopt.* quanto per questi altri : *de' beni che dopo la morte troverannosi appartenere all' adottante, la quarta parte spetta all'adottato L. ult. D. si quid in fraud. patr.*; ma altresì perchè questa quarta non si domanda colla querela d' inofficioso testamento , come la legittima , ma col giudizio della divisione dei beni, *L.* 8 15 *D. de inoff. test. L.* 2 § 1. *famil. erc.* ; credo che difficilmente abbia potuto insorgere una siffatta quistione. Avvegnachè, siccome non accordavasi così volontieri la facoltà di adottare a chi avesse figli o fosse nel caso di procrearne (§ 177) , sembra che non così facilmente si accordasse a coloro che avessero voluto arrogare gl' impuberi , perchè richiedeasi la più stretta e rigorosa cognizion di causa *L.* 17. § 2 , *sequ. D. h. t.*

(*b*) Attualmente la faccenda è ben diversa , a meno che il principe non accordi nello stesso tempo all' arrogato i privilegi della nobiltà ; lo che non può farsi da' principi e da' diversi ordini della nazione germanica, benchè l' arrogazione possa aver luogo colla loro autorizzazione.

(*c*) Anticamente eseguivasi l' adozione con un pezzo di rame e la bilancia , mediante tre vendite e finte mancipazioni, e di due manumissioni

§. 184. *Quum ergo liberi, qui in parentum potestate sunt, adoptentur* (§. 178 et 183), *sequitur*: 1 *ut patris naturalis consensus sufficiat*, l. 5 D. h. t.; 2 *Ut et infantes in adoptionem dari adoptarique possint* L. 42 D. h. t.; 3 *Ut hoc modo adoptari nequeant liberi ex concubinis nati, quippe in nullius potestate constituti*, L. 7 C. de nat. lib.

§. 185. *Et quia haec adoptio erat actio legis* (§. 183): *ideo* 4 *adoptari non poterat, nisi imperio eius magistratus, apud quem plena erat legis actio* L. 3 e 4, D. L. 1 C. h t.; 5 *Nec eadem ad tempus*, L. 34 D. h. t.; 6 *nec per tabulas, sed solemni iuris ordine fiebat*, L. 4 C. h. t. *Ast hodie cuiusque magistratus auctoritas sufficit.*

§. 186. *Quia denique adoptio est caussae patriae potestatis* (§. 144): *etiam huius, stricte, dictae, effectus olim indistincte erat patria potestas*, §. 2 et 8 Inst. de adopt. *Sed Iustinianus patriam potestatem tantum dedit adscendentibus* (*a*), *qui adoptant descendentes, non adoptontibus extraneos*, L. penult. C. h. t., *ita tamen, ut hi non minus patri adoptivo ab intestato succederent, ac illi* §. 2 Inst. h. t. *Unde est quod adoptio stricte dicta in* PERFECTAM *vel* PLENAM, *et* IMPERFECTAM *vel* MINUS PLENAM *a doctoribus distinguitur.*

§. 187. *Ceterum, quamvis hodie paullo rariores sint et adrogationes et adoptiones, neque tamen eum Gudelino, Vinnio, aliisque existimandum, eas plane esse abolitas, nec adrogatos*

---

vetus patrium, de quo supra. (§. 138 2), L. ult. C. h. t. *GELL.* lib. 5. cap. 19, *ULP.* Frag. tit. 8. §. 1 *Postea sola magistratus confirmatio, actis intervenientibus facta, sufficit*, L. ult. C. h. t.

(*a*) *Movit Iustinianum, quod aliquando contingeret, ut filius extraneo in adoptionem datus, et postea emancipatus, nec patri naturali, nec adoptivo succederet. Sane inter Papinianum, Paullum, Marcianum disputabatur, an haberet tunc filius, a patre naturali praeteritus, querelam inofficiosi testamenti. Nec leges in adoptionem datis quidquam adiudicant ex hereditate patris naturalis, nisi quod SC. Sabinianum iis relinqui iubebat quartam hereditatis, qui essent adoptati* EX TRIBUS MARIBUS, *iique illam sibi non relictam actione familiae erciscundae petere possent.* L. 10 §. 3 C. de adopt. §. 4 Inst. de hered. quae ab intest., *et ibi* THEOPHILUS. *Eum locum dum emendant*, ALCIAT. Par. VI. 3, *RAAEVARD.* de auctor. prud. c. 6, *eum plane pervertunt. Res clara. Quia lex Iulia et Papia, et SC. Tertullianum tot privilegia concesserant trium liberorum parentibus: aequum visum est Senatui, ut tres isti liberi, qui parentibus tam multum prodessent, etiam in hereditate patris naturalis beneficio quodam fruerentur, id est, ut ii, qui ex tribus maribus in adoptionem dati essent, non exsortes essent hereditatis patris naturalis.*

§. 184. Adottandosi adunque de'figli che sono sotto la patria potestà (§ 178 e 183) ne segue: 1.° che basta il consenso del padre naturale (*L.* 5, *D. h. t.*); 2.° che anche gl' infanti si possano dare in adozione ed essere adottati (*L.* 42 *D. h. t.*); 3.° che per siffatto modo non possansi adottare gl' infanti delle concubine, per non trovarsi sotto la potestà di alcuno (*L.* 7, *Cod. de nat. lib.*).

§ 185. E siccome l'adozione era un'azione della legge (§ 183) così 4.° non potevasi adottare che mediante l'autorizzazione del magistrato, presso del quale era la competente azione della legge (*L.* 3 *e* 4, *D. L.* 1 *Cod. h. t.*); nè potea farsi a tempo (*L.* 34, *D. h. t.*); 6.° nè per iscritture, ma con atto solenne voluto dalla legge (*L.* 4, *Cod. h. t.*). Attualmente basta l'autorizzazione di un magistrato qualunque.

§ 186. Finalmente, essendo l'adozione una causa della patria potestà (§ 144), così nn tempo la stessa risguardavasi indistintamente quale effetto dell' adozione rigorosamente detta (§ 2 *e* 8, *Inst. de adopt.*). Ma Giustiniano accordò soltanto la patria potestà agli ascendenti che adottano i discendenti, e non già a coloro che adottano gli estranei (*L. penult. Cod. h. t.*), in modo tale però che sì questi, che quelli succedessero *ab intestato* tanto al padre natnrale che adottivo (*a*) (§ 2 *Inst. h. t.*). Da ciò ne avvenne che l'adozione in istretto senso fu da' dottori distinta in *perfetta* o *piena* ed in *imperfetta* o *meno piena*.

§ 187. Del rimanente, benchè ora le arrogazioni e le adozioni siano più rare, nondimeno non è da credersi con *Gudelin*, *Vinnio* ed altri, che siano state compiutamente abolite, e che

---

a cagione dell' antico dritto del padre, del quale abbiamo già parlato §. 138, 2. *L. ult. C. h. t. GELL lib.* 5 *cap.* 15. *ULP. FRAGM. tit.* 8, § 1. Poscia la sola confirmazione del magistrato in un atto autentico *L. ult. C. h. t.*

(*a*) Venne spinto Giustiniano ad una siffatta determinazione dal che talora accadeva che il figlio dato in adozione ad un estraneo ed indi emancipato, non succedeva nè al padre nnturale nè a quello adottivo. Era certamente un punto controverso tra *Papiniano*, *Paolo*, e *Marciano* se il figlio non chiamato da suo padre naturale, potesse istituire la querela d' inofficioso testamento. Nè le leggi aggiudicavano cosa alcuna a' figli dati in adozione sull' eredità del padre naturale, eccetto il senatus-consulto Sabiniano che prescriveva di lasciare la quarta parte della successione a coloro che fossero adottati *sopra tre maschi*, ed accordava di reclamarla, allorchè non gli veniva lasciata, sulla petizione di eredità da dividersi. *L.* 10, §. 3, *c. de adopt.* § 4, *Inst. de hered. quae ab intest.* e nello stesso luogo TEIFILO. Ma ALCIATO *Par.v.* 3 *e* RAAEVARD *de Auctor prud.cap.*9 volendo correggere quel passo lo guastarono del tutto. La cosa è evidente. Siccome la legge Giulia e Papia ed il senatus-consulto Tertulliano aveano accordato molti privilegi a'genitori di tre figli, così sembrò giusto al senato che questi tre figli che sì gran vantaggi aveano proccurato a' loro genitori godessero ancora di un certo benefizio nell' eredità del padre naturale, cioè di non restare escluso dalla eredità chi fra' tre maschi che fosse stato dato in adozione.

hodie fieri filiosfamilias, sed alumnos. Aliud docent exempla, quae observarunt KULPIS. de adopt. et emanc. principum. *STRYKIUS* in Usu hodier. D. h. 1. et tit. de capite minut. *Quibus aliud, ad ipsam Frisiam pertinens, addi potest ex* ULR. HUBER. Praelect. ad Inst. h. t. §. 14. (*Conf.* Elem. iur. Germ. L. 1 tit. 7 §. 160.)

§. 188. *Vulgo etiam huc referunt unionem prolium, Germanis non ignotam, quae est actus, quo parentes ad secunda transeuntes vota, praevia caussae cognitione, et adhibito curatorum ad hunc actum constitutorum consensu, impetrant decretum competentis iudicis, ut liberi, ex priore utriusque vel alterutrius matrimonio geniti, cum liberis communibus utrique parenti aequaliter succedant,* GAIL. Obs. lib. 2 c. 125. *Sed ea unio nihil aliud est, quam pactum successorium, qualia plura Germanis in usu sunt. Hinc illam quoque patriam potestatem, uti adrogatio, non tribuit; nec quidquam fere cum adoptione commune habet.*) *Conf. quae diximus in* Elem. iur. Germ. L. *I.* tit. 7. §. 161.

TITULUS XII.

Quibus modis ius patriae potestatis solvitur?

§. 189. *Quot modis patria potestas adquiratur, hactenus dictum est pluribus: iam, quomodo eadem finiatur, dicendum.*

§. 190. *Quia nihil vero aliud est potestas patria, quam dominium Quiritarium* (§. 136), *certissimi iuris axioma est:* quibuscumque modis dominium Quiritarium desinit, iisdem solvitur ius patriae potestatis.

§. 191. *Itaque solvitur: I. morte, ita tamen, ut primi tantum gradus liberi post patris discessum sui iuris fiant, ulteriorum graduum non item, si superstites sint, quorum in potestatem possint recidere* pr. Inst. h. t. *II. Capitis deminutione maxima et media, e g. captivitate, servitute poenae, deportatione vel patris, vel filii, quippe qua ius Quiritium eripitur* §. 1 et 3 Inst. h. t. *III. Adoptione plena, quamvis ea filius non fiat sui iuris, sed patria potestas tantum in alium transcribatur,* §. 8 Inst. h. t. *IV. Emancipatione, de qua paullo post.*

§. 192. *Ex eodem principio sequitur: 1 ut patriam potestatem non solvat relegatio, quippe quae non tollit ius Quiritium,* (§. 227, 5.), §. 2 Inst. h. t. L. 4 et 7 §. 3 D. de interd. et releg.; *2 Ut nec dignitas eamdem solvat* (*a*), *DIONYS HAL.* lib. 2 p.

(*a*) *Equidem virgines Vestales, et Flamines Diales patria potestate olim exibant: sed non ob dignitatem, verum, quia a Pontifice maximo.*

gli arrogati non divengono figli di famiglia, ma alunni. Il contrario dimostrano gli esempi che osservarono KULPIS. (*Dell' adoz: ed emanac. de' princ.*), STRYKIUS. (*In usu hodier. D. h. t. et tit. de capit deminut.*); a' quali si può aggiungere un altro relativo alla Frisia stessa secondo HUBER (*Prelez. agl' Ist., h. t.* §. 14) (Veg. gli *Elementi del dritto germanico Lib.* 1, tit. 7. § 160).

§ 188. Suolsi qui comunemente rapportare *l' unione delle proli* non ignota a' Tedeschi, è un atto mercè del quale i genitori passando a seconde nozze, previa cognizion di causa, e conseguito il consenso de' curatori a tale uopo istituiti, ottengono autorizzazione del magistrato competente, acciò i figli nati dal primo matrimonio dell' uno e dell' altro genitore, o dell' uno de' due, succedano egualmente co' figli comuni del nuovo matrimonio (GAIL *lib.* 2, *Observ. cap.* 125). Ma siffatta unione non è altro che un patto successorio simile a molti altri in usi nella Magna. Quindi non dà la patria potestà come l' arrogazione, e non ha quasi nulla di comune coll' adozione. Veggasi ciò che abbiamo detto negli *Elementi del dritto germanico* (*Lib.* 1. *tit.* 7, § 161.)

TITOLO XII.

In qual modo cessa il dritto di patria potestà.

§. 189. Finora si è ampiamente parlato de' diversi modi di conseguire la patria potestà; resta ora a dirsi come la stessa cessa.

§. 190. Non essendo altro la patria potestà che il dominio Quiritario (§ 136) ne segue il seguente inconcusso assioma di dritto: *per tutti que' modi pe' quali cessa il dominio Quiritario, per gli stessi sciogliesi la patria potestà.*

§. 191. Quindi sciogliesi 1.° colla morte, di modo però che i soli figli del primo grado divengono di proprio dritto dopo la morte del padre, non quelli di gradi ulteriori, qualora sia superstite qualcuno in potere del quale possono cadere (*Pr. Inst. h. t.*); 2.° *col massimo e medio cangiamento di stato*: p. es. coll' esser fatto prigioniero di guerra, colla servitù di pena, colla deportazione del padre o del figlio, con cui sciogliesi il dritto Quiritario (§. 1 *e* 3, *Inst. h. t.*); 3.° coll' *adozione perfetta*, colla quale sebbene il figlio di famiglia non divenga di suo dritto, pur tutta fiata passa sotto quella di un altro (§. 8. *Inst. h. t*); 4.° coll' emancipazione di cui or ora parleremo.

§. 192. Dallo stesso principio risulta: 1.° che la *relegazione* non distrugge la patria potestà, poichè non toglie il dritto Quiritario (§ 227, 5.°) (§ 2 *Inst. h. t. L.* 4. *e* 7, § 3. *D. de interdict. et relegat.*); 2.° che non la distrugge del pari la dignità (*a*);

(*a*) È vero che le Vestali ed i Flammini Diali, cioè i sacerdoti di Giove anticamente uscivano dalla patria potestà; ciò non per la dignità

96 *Immo* 3 *nec exheredatio*, L. 20 D. de bon. poss. contr. tab.

§. 193. *Iustinianus tamen sanxit, ut patria potestas solveretur dignitate patriciatus* (a) L. fin. C. de consul. L. 12 §. 4 Inst. h. t., *item sacerdotio episcopali*, Nov. LXXXI. c. 3, *dignitate consulari, praefectura praetoriana, praefectura urbis, magisterio militum, patrocinio fisci*, dict. Nov. 81 c. 1, *iunct.* L. fin. C. de decurion. *ita tamen, ut hi omnes iura familiae intacta retinerent*, dicta Nov.

§. 194. *Praecipue vero EMANCIPATIONE solvi diximus ius patriae potestatis* (§. 191 4). *Quidni enim pater emanciparet, id est, per aes et libram abalienaret liberos, qui erant res mancipi ratione patris* (§. 135), *et in eius dominio Quiritario constituiti* (§. 136)? *Ea vero* emancipatio *vel VETUS est, vel ANASTASIANA, vel IUSTINIANEA.*

§. 195. *VETUS erat* actio legis (§. 69 2), qua liberi masculi, primi gradus, per tres venditiones et mancipationes, totidemque manumissiones (b); filiae autem et nepotes una venditione et manumissione, patria potestate exibant, *CAI.* Inst. L. I. tit. 8 §. 3 *Conf.* Ant. nos. Rom. h. t. §. 6. e seq. *Vendebat ergo pater filium per aes et libram: sed tertiae tamen mancipationi plerumque addebat contractum fiduciae, ut emptor filium remanciparet, quo ipse potius eum manumitteret, quam emptor, qui ideo a Caio* pater fiduciarius *adpellatur. Immo haec fiducia interposita semper praesumebatur*, §. ult. Inst. de legit. adgn. succ. L. ult. C de emancip. lib.

§. 196. *Ex ANASTASII constitutione, liberi patria potestate exibant per resriptum principis ad acta insinuatum*, co-

---

manu capiebantur. GELL. lib. 1 cap. 12 *ULPIAN.* Fragm. tit. 10 §. ult. *captivitate autem patria patestas finiebatur* (§. 191 2).

(a) *Iustinianum frustra sibi huius iuris originem tribuere, contendunt BACHOVIUS* ad *TREUT.* vol. 1 disp. 2 th. ult. *et VINN.* Comment. ad §. 4 Inst. h. t. 5. idque *ideo, quod iam CASSIODORUS* Lib. 6. Var. cap. 2. *eius privilegii patriciis concessi, meminerit. Sed Cassiodorum et videre hanc Iustiniani constitutionem, et haec post illam scribere potuisse, chronalogicis rationibus accurate docet REINOLD.* Var. c. 19.

(b) *Rationes huius ritus optime cohaerent. Liberi iure Rom. erant in dominia Quiritario* (§. 136). *Res, quae in hoc daminio erant, mancipari poterant, BYNKERS.* de reb. mancipi p. 1, *ergo et liberi. Semel iterumque mancipati et manumissi filii recidebant in patriam patestatem, nan autem tertium venditi, tertiumque manumissi* (§. 138, 2): *hinc tribus mancipatianibus, tatidemque manumissionibus, opus erat ad salvendum ius patriae potestatis, Q. e. d.*

(*DIONIGI DI ALICARNASSO lib.* 2 *p.* 96); 3.° nè tampoco l' eseredazione (*L.* 28, *D. de bon. poss. contr. tab.*).

§. 193. Giustiniano nondimeno sanzionò che la patria potestà veniva annullata colla dignità patrizia (*a*) (*L. final. Cod. de Consul. L.* 12 § 4, *Inst. h. t.*), del pari che con quella episcopale (*Nov.* 81. *cap.* 3), del consolato, della prefettura pretoria e della città, di maestro de' militi, di avvocato fiscale (*Nov.* 81 *cap.* 1. junct. *L. final. Cod. de Decur.*), di guisa però che nell' assumere tutte le prefate dignità intatti restassero i dritti di famiglia (*d. Nov.* 81 *cap.* 2.).

§. 194. La patria potestà, come abbiamo detto, cessava coll' EMANCIPAZIONE (§ 191 4.°); avvegnachè per qual motivo il padre doveva emancipare i figli, cioè alienarli colla vendita finta (*per aes et librum*) se a suo riguardo erano delle cose mancipi, e soggetti al suo dominio quiritario (§ 136)? La prefata emancipazione è di tre specie: ANTICA, ANASTASIANA, GIUSTINIANEA.

§. 295. L' ANTICA *era un' azione della legge* (§. 69, 2), *mercè la quale i figli maschi di primo grado, per tre vendite ed emancipazioni, e per altrettante manumissioni* (*b*); *le figlie poi ed i nipoti uscivano di patria potestà con una sola vendita e manumissione* (*CAI. Inst. lib.* 1, *tit.* 8, § 3 Veg. le nostre *Antich. rom. h. t.* § 6 *e s.*). Il padre quindi vendeva il figlio col pezzo di rame e la bilancia, ma alla terza emancipazione aggiungeva il *contratto* di *fiducia*, col quale il compratore rivendeva il figlio al padre, acciò lo manumettesse piuttosto egli stesso, anzichè il compratore, che per ciò dicevasi da *CAIO padre fiduciario.* Anzi siffatta fiducia ancorchè omessa era sempre presunta (§ *ult. Inst. de legit. agnat. success. L. ult. Cod. de emancip. liber.*).

§. 196. Per la costituzione dell'imperatore ANASTASIO i figli uscivano dalla patria potestà mercè un rescritto del principe in-

---

che assumevano, ma bensì perchè passavano sotto il potere del pontefice massimo *GEL. lib.* 1 *cap.* 12, *ULPIAN. Frag. tit.* 10, § *ult.*; cessava del pari colla prigionia di guerra.

(*a*) *BACOVIO ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 2 *th. ult. e VINNIO, Comment. al* § 4. *Inst. h. t.* vogliono che a torto Giustiniano arrogasi l' origine di siffatto dritto, avvegnachè CASSIODORO *lib.* 6. *Var. cap.* 2 parla di un tal privilegio accordato a' patricii: ma CASSIODORO avea potuto aver conoscenza di tal costituzione di Giustiniano e quindi menzionarla, come dietro calcoli cronologici accuratamente dimostra il celebre *REINOLDO Var. cap.* 17.

(*b*) Le ragioni di siffatto rito concordano esattamente. I figli per dritto romano erano nel dominio Quiritario (§ 135). Le cose che erano sotto tal dominio potevansi alienare (*BYNKERSHOEK de reb. mancip. p.* 1.), lo stesso era pe' figli. Alienati e manumessi due volte di seguito, ricadevano nella patria potestà, lo che non avveniva dopo la terza volta (§ 138, 2.°), quinci faceva d' uopo tre alienazioni e manumissioni per annullarsi il dritto di patria potestà *Q. e. d.*

dem effectu , ac olim per emancipationes et manumissiones L. 5 C. de emancipat *liber.*

§. 197. *Denique JUSTINIANUS, non abrogata constitutione Anastasii , sed vetere et vana , quam vocant , observatione, auctoritatem magistratuum sufficere voluit* , §. 6 Inst. h. t. L. ult. C. de emancip., *et quidem quorumcumque; quia est actus voluntariae iurisdictionis* (§. 69, 2) L. 36 D. de adopt. et emanc. L. ult. C. h. t.

§. 198. *Ceterum quemadmodum nemini invito rerum suarum dominium eripi potest , nisi in poenam : ita nec pater ullo pene modo cogitur ad emancipandos liberos* , §. ult. Inst. h. t. L. 31 D. h. t., *nisi quod in poenam ius patriae potestatis amittunt parentes* : 1 *prostituentes filias* , L. 12 C. de Episc. aud. L 6, C. de spect ; 2 *exponentes infantem* , L. 2 C. de infant. expos. Nov. CLIII. c. 1; 3 *incestas nuptias contrahentes*, Nov. XII. c. 2. (a).

§. 199. *Morte hodienum solvitur patria potestas. Capitis deminutio pene ignota est. Emancipatio vetus et Anastasiana dudum exolevit. Justineanea non quidem extra usum , sed tamen vel ideo paullo rarior est , quia liberi , plerisque locis per nuptias seperatamque oeconomiam e potestate patria exeunt , salvis ac intactis familiae iuribus. Quem modum , Germanicae originis gentibus proprium, vulgo , sed parum concinne, vocant* quasi-emancipationem , *vel* emancipationem tacitam (*Conf.* Elem. iur. Germ. lib. 1, t. 8 §. 162 seq.).

§. 200, *Quibusdam locis , maxime ubi ius Lubecense viget, nec non in Westphalia, parens , ad secunda vota transiturus , liberis e priore susceptis matrimonio , partem bonorum adsignat intervenientibus actis. Ii liberi tunc sub tutela sunt , et vocantur* separati , *et cum reliquis nondum separatis , in bonis postea adquisitis non succedunt* , Ius Lubec. P. II. tit. 2 art. 33, *et ibi MEVIUS* Stat. Hamb. P. III. tit. 3 §. 2 (*Conf.* Elem. iur. Germ. cit. loc. §. 167, 174).

(a) *Addunt doctores alias caussas , veluti saevitiam patris , ob* L. fin. D. si a parent. quis manum., *adrogationem in impuberis praeiudicium factam* , L. 32 D. de adopt. et emanc. *relictum legatum , vel nummos acceptos ea conditione , ut filius emancipetur ob* L. 92 D. de condit. , et demonstr. L. 1 §. 3 D. si quis a patr. manum. *Sed in* L. fin. D. si a pat. quis manum. *memoratur poena extraordinaria , vel privilegium, quod ad exemplum non trahitur* (§. 60). *Impubes adrogatus per* L. 32 D. h. t., *potest quidem sui iuris fieri , si pubes factus adrogationem improbet : sed non ideo patrem ad emancipandum cogit , quia adrogationis effectus interea in suspenso fuit. Denique nec qui legatum vel nummos ea lege accipit , ut emancipet , cogitur ad emancipandum , sed accipiendo ultro se ad id obstringit, quum legatum, vel pecuniam potuisset repudiare.*

serito negli atti, il cui effetto era lo stesso di quello che per lo innanzi ottenevasi colle emancipazioni e le manumissioni (*L.* 5, *Cod. de emanc. liber.*).

§. 197. Finalmente GIUSTINIANO, senza abolire la costituzione di Anastasio, abrogò l'antica ed inutile formalità, e volle che bastasse l'autorizzazione del magistrato (§ 6, *Inst. h. t. L. ult. Cod. de emancip.*) ed altresì di un magistrato qualunque, perchè è un atto di giurisdizione volontaria (§ 69 2,°) (*L.* 36, *D. de adopt. et emancip. L. ult. Cod. h. t.*).

§. 198. Del rimanente siccome a niuno, suo malgrado, se gli può togliere il dominio de' propri beni, eccetto che non si trattasse di punizione, così i genitori in niun conto possono essere astretti ad emancipare i figli (§ *ult. Inst. h. t. L.* 31, *D. h. t.*), e non perdono il dritto di patria potestà che in caso di punizione: 1.° se prostituissero le figlie (*L.* 12, *Cod. de episc. aud. L* 6, *cod. de spect.*); 2.° esponessero i figli (*L.* 2, *cod. de infant. expos. Nov.* 153, *cap.* 1); 3.° se contraessero delle nozze incestuose (a) (*Nov.* 12, *cap.* 2.).

§. 199. Attualmente la patria potestà cessa colla morte. È quasi ignoto il cambiamento dello stato. Da molto tempo sono annullate l' *emancipazione antica e l' anastasiana*. La *giustinianea* in vero non è andata in disuso, nondimeno molto di raro ha luogo, perchè i figli in parecchi paesi mediante *le nozze e l' economia separata* escono di patria potestà, salvo rimanendo i dritti di famiglia. Siffatto modo proprio a' popoli tedeschi, comunemente dicesi, sebbene con improprietà, *quasi-emancipazione* o *emancipazione tacita*. Veg. gli *Elementi del dritto germanico* (*lib*, 1, *tit.* 8, § 162 e seq.).

§. 200. In alcuni luoghi, sopratutto ove vige il dritto di Lubeck, come altresì in Westphalia, il padre nel passare a seconde nozze, assegna con atto pubblico a' figli del primo matrimonio una parte de' suoi beni. Siffatti figli sono allora sotto la tutela, e diconsi *separati*, e non succedono co' non separati a' beni posteriormente acquistati (*Dritto di Lubeck p.* 2, *tit.* 2, art. 33, e su questo argomento *MEVIO*, *Stat. Hamb. p.* 1 *tit.* 3;§ 2).

(*a*) I dottori aggiungono altre cause, come la crudeltà del padre per la *L. fin. D. si a parent. quis manum*; l' arrogazione fatta in pregiudizio dell' impubere, *L.* 32, *D. de adopt. et emanc.*, il legato lasciato o denaro ricevuto a patto di emancipare il figlio per la *L.* 92 *D. de cond. et demonste.* L. 1 § 3, *D. a si quis a patr. manum.* Ma nella *L. fin. si a patr. quis manum* si fa menzione di una pena straordinaria e di un privilegio da *non passare ad esempio* (§ 60). L' impubere arrogato può colla *L.* 32 *D. h. t.* divenire di proprio dritto, se divenuto pubere non ratifica l'arrogazione; ma non per questo costringe il padre ad emanciparlo perchè fin'allora l'effetto dell'arrogazione era sospeso. Finalmente colui che riceve un legato o una somma a patto di emancipare nè tampoco è astretto a farlo, eccetto che nell' accettare tali cose siasi a ciò spontaneamente obbligato, poichè era in suo arbitrio l'accettare o ricusare il legato ed il denaro.

TITULUS XIII.

De Tutelis.

§. 201. *Diximus, homines vel* sui iuris *esse*, *vel* alieno iuri subiectos, *et hos vel sub* patria, vel sub dominica *potestate vivere*, *unde alii* filiifamilias, *alii* servi *dicantur* (§. 128.). *Quemadmodum igitur hactenus de partitione hominum* alieno subiectorum *iuri actum*: *ita iam sequitur divisio nova personarum SUI IURIS, quorum* alii *IN TUTELA* vel *IN CURATIONE* sunt, alii *NEUTRO IURE* teneutur pr. Inst. h. t.

§. 202. *Alterius tutela regi*, *aequissimum videbatur*, *eos easque*, *qui quaeve vel propter imperfectam aetatem*, *vel propter lubricitatem sexus sponte se defendere non possent. Hinc* pupilli *usque ad pubertatem*, *foeminae*, *quae in manum haud convenerant*, *in perpetua erant tutela. Vid.* Ant. nostr. Rom. h. t. §. 16 et seq. Puberes *vel ob aetatem*, *vel ob alias caussas*, *rebus suis administrandis impares*, *non quidem* tutelae, *sed* curationi *tamen suberant. Sed foeminarum tutela iam Iustiniani temporibus plane ab usu recesserat.*

§. 203. *TUTELA ergo pupillaris*, *de qua sola agendum*, *ut SERVIUS definit*, est vis et potestas in capite libero (*a*), ad tuendum eum, qui propter aetatem suam se sponte defendere nequit, iure civili data ac permissa, §. 1 Inst. h. t. Leg. 1 pr. D. eod.

§. 204. *Quum ergo tutela sit* vis et potestas iure civili data vel permissa (§. 203); *collegerunt inde Romani* (*b*), tutelam esse munus publicum, pr. Inst. de excus. tut.

(*a*) Caput liberum *est homo sui iuris, GELL.* l. 5, c. 19 *ULP.* Frag. tit. 11 §. 5. *Et videtur servius vocabulum hoc adhibuisse, quia tutelam generatim*, *non in specie pupillarem*, *definiebat*, *ut illo vocabulo generali et pupillos complecteretur et foeminas*, *quas apud Romanos in perpetua tutela vixisse diximus* (§. 202.) Vis et potestas *differunt, ut majus et minus. Plus enim in vi est*, *quam in* potestate. Illa *actum secundum, uti vocant philosophi*, haec *primum tantum notat. Hinc apud TACITUM vis opponitur imagini potestatis*, *vel imperii*, Annal. lib. 15 cap. 14; *nudo nomini*, ib. lib. 3 cap. 37, *speciei* l. 3 c. 30; *nudo honori*, Hist. l. 2 c. 29, *inanibus*, Annal. l. 15 c. 31. Vim *ergo tutor exercet in infantem*, *cuius vice omnia agit*: potestatem *in eum qui fari potest*, *quique ipse agit auctore tutore*, L. 1 §. 2 D. de administr. tut. §. 9 Inst. de inutil. stipul. L. 5. § 5 D. de reg. iur. *Quod et de tutela foeminarum observandum est*, *in quas tutores non vim*, *sed potestatem exercebant.*

(*b*) *Munus enim dicitur*, quod necessario obimus lege, more, imperiove eius, qui iubendi habet potestatem, L. 214 pr. D. de verb. sign. L. 18 D. eod., *et ibi JO GOEDD* in Comm. p. 275.

TITOLO XIII.

Delle tutele.

§. 201. Dicemmo già che gli uomini o sono di proprio od altrui dritto, e questi ultimi di essere o sotto la *patria potestà* o quella *dominicale*, per cui gli uni diconsi figli di famiglia, gli altri servi. (§ 128.). Siccome finora si è parlato di quelli sottoposti all' altrui dritto, così passiamo ora a trattare della divisione delle persone di proprio dritto, delle quali alcune sono sotto tutela, altre sotto curatela, altre nè sotto all' una nè sotto all' altra (*Pr. Inst. h. t.*).

§. 202. Sembrò a' legislatori giustissimo di mettere sotto la tutela di un altro coloro, che per mancanza di età e per lubricità del sesso non si potessero difendere. Quindi i pupilli erano sotto la tutela sino alla pubertà, le donne in perpetuità, allorchè non erano maritate (*V. le nostre antich. rom.h. t.* §. 16 es.). I *puberi* sia per l'età, sia per altro motivo incapaci di amministrare i propri beni, venivano sottoposti non alla tutela, ma alla curatela. Fin dal tempo di Giustiniano era già in disuso la tutela delle donne.

§. 203. La TUTELA *pupillare*, di cui ora soltanto ci occupiamo, come viene da SERVIO definita, *è la forza e la potestà sopra di una persona libera, accordata e permessa dal dritto per difenderla, che per mancanza di età non si può da sè stessa difendere* (§ 1, *Inst. h. t. L.* 1. *pr. D. eod.*) (a).

§. 204. Dal che la tutela è *una forza e potestà accordata e permessa dal dritto civile.* (§ 203), i Romani (b) ne conchiusero che la stessa costituiva una carica pubblica (*Pr.Inst.de excusat.tutor.*).

(a) *Uomo libero* è colui che non dipende d' alcuno, A *GELL. lib.* 51 *cap.* 19, *ULP. fragm. tit.* 11, § 5. Pare che Servio abbia adoprato un siffatto vocabolo perchè definiva la tutela in generale, e non la pupillare in particolare, a fio d' includere con una espressione generica sì i pupilli che le femmine, le quali appo i Romani, come dicemmo (§ 202), erano sotto tutela perpetua. *Forza e potestà* diferenziano dal più al meno. La forza esprime quatche cosa di più della potestà. La prima dinota l' atto secondo, come vogliono i filosofi; la seconda soltanto il primo. Qoindi appo TACITO la forza è opposta all' imagine della potestà o dell' imperio, *Ann. lib.* 15. *cap.* 14, a semplice titolo, *ibid. lib.* 3, *cap.* 37; all' apparenza *lib.* 3 *cap.* 30; al semplice onore, *Hist. lib.* 2 *cap.* 29; a cose varie *lib.* 15. *Ann. cap.* 31. Il tutore quindi esercita una forza sull'infante, sotto il cui nome fa tutto; escrcita la potestà su colui che può agire, e che agisce coll' autorità del suo tutore *L.* 1, § 2 *ff de administr. tub.* § 9, *Inst. de inut. stip. L.* 5; § 5, *de R. J.* Ciò devesi osservare nella tutela delle donne, sulle quali i tutori non esercitavano forza, ma potestà.

(b) Chiamasi carica *tutto ciò che siamo obbligati a disimpegnare per legge, per consuetudine, o per ordine di colui che ha il dritto di comandare, L.* 224. *pr. D. de V.* 5. *L.* 18, *D. eod.*, *ib. JO. GOELDD. in comment. pag.* 275 e. s.

§. 205. *Ex quo sequitur* : 1 *ut et filiifamilias tutelas recte suscipiant* (139 *), pr. Instit. qui testam. tut. dari poss.; 2 *Ut contra nec servi*, L. 22 D. de test. tut., *nec peregrini*, *nec mulieres tutores esse possint*. L. ult. D h. t. L. 2 D. de reg. iur. *Excipiuntur tamen per* Nov. CXVIII. cap. 5 *mater*, *et avia*, *quas reliquis etiam agnatis praeferri iussit Iustinianus*.

§. 206. *Quumque tutoris sit*, *pupillum*. *qui per aetatem sponte se defendere nequit*, *TUERI* (§. 203) *sequitur*, *ut tutela legitima et dativa impediatur, et testamentaria saltim suspendatur* : 1 *per minorennitatem*, §. 13 Inst. de excus. tut.; 2 *per furorem*, *et insaniam*, L. penult. D. h. t.; 3 *per sorditiem*, *et impotentiam loquendi*, L. 1 §. 2 e 3 L. pen. D. h. t.

§. 207. *Quia porro ei potestati subest* caput liberum (§. 203) *consequens est*: 1 *ut tutor primario personae, non rei*, *detur*, (*a*) §. 4 Inst. qui testam. tut. L. 12, L. 14 D. de testam. tut. 2.; *Ut nec patrem habenti tutor detur*, L. 239 D. de V. S. princ. Inst. h. t. L. 6 §. ult. D. h. t. 3 *Nec servo*, L. 17 D. de tut. dat. *Neuter enim est sui iuris* (§. 128) *adeoque nec caput liberum* (§. 203 *). *Immo* 4 *nec peregrino tutor ex iure Quiritario datur*, *quia is nec gaudet libertate Quiritium*, *ob quam capita libera censebantur*. *CICERO* pro A. Caecin. c. 33.

§. 208. *Ceterum quum lege XII. tab. cautum esset*: *PATERFAMILIAS UTI LEGASSIT SUPER FAMILIA*, *PECUNIA*, *TUTELAVE SUAE REI* (*b*) *ITA IUS ESTO*, *ULPIAN*. Fragm. tit. 11 §. 14. *Icti Romani tutelam considerabant tamquam hereditatem*. *Quemadmodum ergo* testamento *scriptus heres excludit legitimum*, *quia alias ab intestato successisset*. L. 39. D. de adquir. vel omitt. hered., *ita* testamentaria *tutela reliquas omnes*, *id est*, legitimam *et* dativam, *excludit* L. 11 pr. D. de test. tut. *Et quemadmodum aliquando praetor bonorum possessionem dat secundum vel contra tabulas, ita et deficiente tutela testamentaria vel legitima*, *tutorem dat praetor*.

§. 209. *Triplex itaque est tutela*: *TESTAMENTARIA*, *de qua* Titulo XIV., *LEGITIMA*, *de Qua* Titulo XV. et seq. *et denique ex lege Atilia et Julia Titia invecta in subsidium*, *DATIVA*, *de qua* Titulo X. agitur.

(*a*) *Secundario tamen tutor etiam rem pupilli administrat*. *Immo aliquando et ad certum actum datur, veluti ad hereditatis aditionem*, L. 10 pr. D. de test. tut. L. 17 § 1. D. de appellat. L. 9 et 13 pr. D. de tut. vel cur. dat. *Immo si magnae sint pupilli facultes*, *et rei Africanae*, *Syriacae*, *etc. tutores dantur*, L. 15 D. de test. tut. L. 27 pr. D. de tut. dat. *At proprie ne tunc quidem tutor rei*, *sed personae datur*.

(*b*) *Servavimus verba TUTELAVE SUAE REI*, *quia et apud ULPIANUM*, *et in* pr. Inst. de leg. Falcid., *et in* L. 120 D. de verb. sign., *et alibi passim habentur et nihil habent absurdi*. *Filii enim familias erant res mancipi* (§. 135): *et hinc paterfamilias*, *dum tutorem illis dabat*, *legabat de tutela suae rei*. *Nihilominus tutor dabatur personae* (§. 207, 1), *quia eius munus mortuo demum patre incipiebat*, *post quam iam persona*, *vel caput liberum esse coeperat filius*.

§. 205. Dal che ne segue: 1.° che i figli di famiglia possono essere tutori (§ 139) (Pr. *Inst. qui testam. tutor.*); ciò che non concedesi a' servi (*L.* 22 *D. de testam.*), a' stranieri, alle donne (*L. ult. D. n. t. L.* 2 *D.* de *reg. jur.*). Ne sono eccettuate la madre e l' avola (*Nov.* 118, *cap.* 5.), che *Giustiniano* preferì a tutti gli altri agnati.

§. 206. Siccome è incarico del tutore di DIFENDERE il pupillo, che non lo può fare da sè a cagion dell'età (§. 203), così la tutela legittima e dativa restino impedite, e la testamentaria sospesa 1.° per la minore età (§. 13 *Inst. de excusat. tutor.*); 2., pel furore e la demenza (*L. punult. D. n. t.*); 3. per sordaggine e per mutismo (*L.* 2. §. 2 e 3, *L. penult. D. h. t.*

§. 207. Venendo un uomo libero sottoposto all'autorità del tutore (§ 203) ne segue 1.° che desso si dà principalmente alla persona e non alla cosa (*a*) (§ 4 *Inst. qui testam. tutor. L.* 14 *D. de testam tut.*); 2.° che non si dà a chi ha padre (*L.* 239 *pr. D. de verb. signif. pr. Inst.* 4. *t. L.* 6 § *ult. D.* 4. *t.*); nè al servo; perchè niuno di essi è di suo dritto (§ 228), e per ciò capo libero (§ 203), 4.° anzi non accordasi nè tampoco al forestiere per dritto quiritario, perchè non gode della libertà propria a' cittadini romani, che li rendeva capi liberi (*CIC. pro A Caecina* e 33).

§.208. Del rimanente per legge delle XII tavole era stato sancito: *PER QUEL MODO ONDE UN PADRE DI FAMIGLIA ABBIA DISPOSTO DELLA SUA FAMIGLIA, BENI E TUTELA DELLA SUA COSA*(*b*), *COSÌ VENGA ESEGUITO.* (*Ulp.Fragm.tit* 11 § 14). I giureconsulti romani risguardavano la tutela come una eredità. Siccome un erede, per testamento, esclude il *legittimo*, che altrimenti succederebbe *ab intestato* (*L.*39 *D.de adquir. vel omitt. haered.*), così la tutela testamentaria esclude tutte le altre, cioè la *legittima e la dativa* (*L.* 11, *pr. D. de testam. tutel.*).

§.209. La tutela dunque è di tre specie: *TESTAMENTARIA* di cui nel capitolo XIV; la *LEGITTIMA* verrà trattata ne'capitoli XV e seguenti; e finalmente la *DATIVA* dalla legge Atilia e Giulia Tizia introdotta in sussidio, e formerà l'obietto del capitolo XX.

(*a*) Nondimeno secondariamente il tutore amministra altresì i beni pel pupillo. Anzi talora viene destinato per un certo atto, per esempio, per l' adizione dell' eredità, *L.* 10 *pr. D. de test. tut. L.* 17 § 1 *D. de appellat. L.* 9, *L.* 13 *pr. D. de tut. vel cur. dat.* Talora destinansi più tutori allorchè i beni del pupillo siano considerevoli, e ne avesse in Siria ed in Africa *L.* 15, *de test. tut. L.* 27, *pr. D. de tut. dat.* Ma in tal caso a retto senso non è destinato alla cosa ma alla persona.

(*b*) Abbiamo conservato i vocabili *TUTELA DELLA SUA COSA*, perchè rinvengonsi in *ULPIANO*, negl' Instituti al pr. *De Leg. Falc.*, nella legge 120, *D. de verb. sign.*, e in altri luoghi, e non offrono nulla di assurdo. Imperocchè i figli di famiglia erano cose patrimoniali (§ 135), e per ciò il padre di famiglia destinandoli il tutore disponeva della tutela della sua cosa. Nondimeno il tutore davasi alla persona (§ 207, 1), perchè le sue attribuzioni incominciavano dopo la morte del padre, allorchè il figlio principiava ad essere persona o capo libero.

TITULUS XIV.

Qui testamento tutores dari possint.

§. 210. *Quum paterfamilias potest legare super tutela suae rei* (*a*) (§. 208) *explorati iuris est axioma* : pater liberis, in potestate sua constitutis (§. 139, 9), et in alterius potestatem non recasuris (§. 207, 2); tutores testamento, vel codicillis testamento confirmatis, dare potest, L. 1, pr. L. 3, pr. D. de testam. tut. §. 3, Inst. de tut. L. 37, §. 1, D. de reg. iur.

§. 211. *Fundamentum ergo huius tutelae est* patria potestas (§. 139. 9), L. 73, §. 1, D. de reg. iur.

212. *Ex quo principio sequitur* : 1 *ut pater solus vel avus*, *qui liberos in potestate habet*, *tutores dare possint*, *non mater aut avia*, *nec alia extranea persona* L. 1, pr. D. h. t.; 2. *Ut idem tutores det liberis* (*b*), *non emancipatis*, *sed in potestate sua constitutis utriusque sexus*. D. L. 1, pr. D. h.t.; *etiam exheredatis* (§. 192, 3.), L. 4 D. h. t. *Conf. ZACH. HUB.*, Diss. lib. 2, diss. 4. §. 28. p. 331. *Immo* 4 *ex benigna iuris interpretatione etiam postumis* (*c*), *dum in ea causa sint*, *ut vivo patre nati*, *sui eredes*, *et in eius potestate fuissent futuri*, §. 4, Inst. de tut. L. 1, §. 1. L. 6, D. h. tit.

§. 213. *Quumque haec tutela sit instar hereditatis* (§. 208), *sequitur* : 1 *ut tutor ordinarie dandus sit testamento* ; 2 *Ut et codicillis testamento confirmatis vel ideo dari possit*, *quia tutela veluti fidei tutoris committitur* L. 3, pr. D. h.t.; 3. *Ut recte tutores dentur omnes*, *quibuscum est testamenti factio*, *dum habiles sint muneri publico obeundo* (§. 205 seq.) L. 21, D. h. t., *veluti servi cum libertate dati* (*quae libertas data praesumitur in servis propriis* §. 1, Inst. h. t.); *filiifamilias* (§. 207 1); *magistratus* L. 20, §. 1. D. h. t.; *furiosi et minores*, *quamvis*, *dum hi impediuntur* (§. 207: 1, 2), *interea tutor a ma-*

(*a*) *Quamvis testamentaria tutela ex hac lege XII tabularum liquido fluat.* L. 120 D. de verb. sign.; *eam tamen iam ante decemviros Romae receptam fuisse patet exemplo L. Tarquinii Prisci*, *quem Ancus rex liberis suis tutorem testamento instituit*, *teste LIVIO*, lib. 1 cap. 54.

(*b*) Liberorum *nomine etiam postumi*, *nec non nepotes utriusque sexus* : filiorum *nomine postumi et filiae*, *non vero nepotes*, *continentur*, L. 6 et 16 D. h. t. §. ult. Inst. h. t. *Quamvis enim alias obtineat aliud*, L. 84 *iunct.* L. 201, D. de verb. signif., *nulla tamen hic subest ratio interpretationis extensivae*, *quia nepotibus vel per legitimum*, *vel per dativum tutorem satis prospicitur.*

(*c*) *Postumi enim*, *quoties de commodo eorum agitur*, *pro iam natis habentur*, L. 7, D. de stat. hom.

TITOLO XIV.

Quali possono essere nominati tutori per testamento.

§. 210. Potendo il padre di famiglia disporre la tutela della sua cosa (*a*) (§. 208), è assioma inconcusso di dritto: *Il padre può con testamento o con codicillo convalidato da testamento destinare il tutore a' figli sottoposti alla sua potestà* (§ 139, IX), *e che non siano per ricader sotto la potestà di un altro* (§ 207 2) (*L.* 1 *pr. L.* 3, *pr. D. de testam. tutel.* §. 3, *Inst. de tut. L.* 37, § 1, *D. de reg. jur.*).

§. 211. Il fondamento dunque di questa tutela è la patria potestà (§ 139, IX) *L.* 73, § 1, *D. de reg. jur.*).

§. 212. Da siffatto principio deriva: 1.° che il solo padre o avo, che ha i figli sotto sua potestà, possono destinare il tutore, e non già la madre, l'ava o qual si voglia estraneo (*L.* 1, *pr. D. h. t.*); 2.° che il padre destini i tutori a' suoi figli dell'uno e dell'altro sesso (*b*) non emancipati, ma costituiti in sua potestà (*D. L.* 1, *pr. D. h. t.*); 3.° altresì a' diseredati (§. 192, 111) (*L.* 4. *D. h. t.*) Veg. ZACH. HUBER *lib.* 2 *Dissert.* 4. §. 28 p. 331.); e anzi 4.° per benigna interpetrazione li dà pure a' postumi (*c*) purchè siano in quello stato, che, vivente il padre, fossero suoi eredi, e sottoposti alla sua potestà (§. 4, *Inst. de tut. L.* 1, § *L.* 6, *D. h. t.*)

§. 213. Dal che questa tutela somiglia all'eredità (§. 208) ne risulta: 1.° che il tutore debba comunemente essere destinato per testamento; 2.° che possa darsi per codicilli convalidati dal testamento, perchè la tutela confidasi al tutore come un fidei-commesso (*L.* 3, *pr. D. h. t.*); 3.° che si possono istituire tutori tutti coloro che possono testare, purchè capaci di cariche pubbliche (§. 205. segu.)(*L.* 21, *D. h. t.*, tali che i servi nominati tutori con libertà (la quale libertà è presupposta accordata a' propri servi) (§. 1. *Inst. h. t.*); i figli di famiglia (§. 207. 1.); i magistrati (*L.* 20. §. 1. *D. h. t.* 1.); i furiori e i minori, benchè, nell'intervallo in cui sono interdetti,

---

(*a*) Benchè la tutela sestamentaria derivi chiaramente da questa legge delle XII tavole, *L.* 120 *D. de V. S.* intanto pria de' decemviri era in vigore in Roma, come conoscesi per l'esempio di L. Tarquinio il vecchio, che il re Anco destinò con testamento tutore de' suoi figli (LIVIO *lib.* 1, *cap.* 54.).

(*b*) Col vocabolo latino *liberi* intendonsi altresì i postumi e i nipoti di ambo i sessi; con quello poi di *filii* i postumi e le figlie, non i nepoti *L.* 6 e *L.* 16 *D. h. t.* § *ult. Inst. h. t.* Quantunque talora dinoti l'opposto. *L.* 84 *L.* 201 *de V. S.*, nondimeno qui non ha punto luogo una interpetrazione estensiva, poichè si è abbastanza provveduto a' nipoti col tutore legittimo o dativo.

(*c*) Poichè i postumi risguardansi come nati ogni qual volta trattasi de' loro interessi *L.* 7. *D.* de stat. hom.

gistratu detur, L. 10, §. 17. de excus.; 4. *Ut tutor dari nequeat persona incerta* (a) L. 20, pr. et L. 30, D. h. tit. *In eo tamen hic singulare quid occurrit*, 5 *quod tutor non solum pure*, *et sub conditione*, *verum etiam a certo tempore*, *vel in certum tempus*, *testamento recte detur*, L. 6, §. 2, D. h. t. §. 3, Inst. h. t. *Quod in hereditate secus se habet* (§. 544).

§. 214. *Ex eodem principio fluit*: 6 *etiam quod ad tutelam attinet*, *neminem posse pro parte testatum*, *pro parte intestatum decedere*, L. 7, D. de reg. iur. §. 5, Inst. de her. instit.: *adeoque* 7 *si vel semel ad testamentarium devoluta sit*, *vel saltim adhuc speretur tutela testamentaria*, *locum tunc non habere tutelam legitimam*, L. 11, pr. §. 1, D. h. t.

§. 215. *Quamvis ergo expediti iuris sit*, *nec* 1 *patrem emancipatis*, *vel naturalibus* (§. 212, 2) 2 *tutorem dare posse*; *nec matrem vel personam extraneam liberis vel impuberibus heredibus* (§ 212, 1); 3 *nec istam tutoris constitutionem recte fieri codicillis testamento haud confirmatis* (§. 213, 2); *tamen his casibus CONFIRMATIO solet accedere magistratus*, *quae est actus*, *quo id quod tutoris dationi testamentariae deest*, *a magistratu suppletur* L. 1, §. 1, D. de conf. tut. §. ult. Inst. de tut. Leg. 32, D. de excus. *Unde pro testamentariis habentur tutores sine inquisitione confirmati*, L. 3. D. de conf. tut.

§. 216. *Eaque confirmatio fit vel* sine inquisitione, *quando pater non recte tutorem dedit* (b), *veluti filio emancipato*, *vel naturali instituto*, *vel per codicillos testamento non confirmatos*, §. ult. Inst. de tutel. Leg. 1, §. 2, Leg. 3 et 6 D. de conf. tut. *vel* cum inquisitione *aut si minor magistratus confirmet*, cum satisdatione Leg. 5, D. h. t., *si mater*, *vel extraneus impuberi instituto*, *vel pater naturali non instituto*, *tutorem dederit*, Leg. 4 D. de test. tut. Leg. 1 §. 2 Leg. 2 et 7 D. de conf. tut. *Si mater non instituto tutorem dedit*, *non debet quidem*, *sed solet tamen tutor confirmari cum inquisitione*. L. 4, D. de test. tut. *ubi evolvendus BYNKERSII* Obs. lib. 2, cap. 17. *Ceterum quum hi tu-*

(a) *Nam eodem iure et circa institutionem heredis olim utebantur* (§. 523 et 539).

(b) *Attamen et hic disquirendum an duraverit patris voluntas? quae durasse non creditur*, *si in tutore emerserit celata morum improbitas*, *aut inimicitia cum patre*, *aut damnosus cum filio contractus*, L. 8, 9, 10. D. conf. tut. L. 4, D. de test. tut.

venga il tutore destinato dal magistrato (*L.* 10. §. 17. *D. de excusat.*); 4.° che non possa darsi per tutore una persona incerta (*a*) *L.* 20, *pr. e L.* 30, *D. h. t.*). Nella tutela nondimeno evvi di particolare 5.° che il tutore si possa legittamente dare per testamento non solo puramente e sotto condizione, ma altresì da cominciare in un tempo determinato, e cessare in un epoca stabilita *L.* 6, §. 2 *D. h. t.* §. 3, *Inst. h. t.*). Lo che non ha luogo nell' eredità (§. 544.).

§. 214. Dallo stesso principio deriva 6.° che, in quanto alla tutela, niuno possa morire in parte con testamento ed in parte ab *intestato* (*L.* 7, *D. de reg. jur.* §. 5, *Inst. de haered. instit.*); e per conseguenza 7.° che se la tutela sia stata per una volta deferita al tutore testamentario, e che almeno possa sperarsi che vi sia tutela testamentaria, allora non può aver luogo la tutela legittima (*L.* 11, *pr.* §. 1, *D. h. t.*).

§. 215. Benchè sia di pieno dritto: 1.° che il padre non possa destinare il tutore a' figli emancipati, o naturali (§. 212, 2); 2.° che la madre od un estraneo, non possa assegnarne ai figli impuberi, ancorchè eredi (§. 212, 1); 3.° e che siffatta nomina del tutore non possa validamente farsi con codicilli non convalidati da testamento (§. 213, 2), nondimeno in questi casi suolsi interporre la CONFERMA del magistrato, la quale *è un atto con cui suppliscesi dal magistrato ciò che manca alla destinazione testamentaria del tutore* (*L.* 1, §. 1, *D. de confirm. tutor.* §. *ult. Inst. de tut. L.* 32 *D. de excusat.*). Quindi hannosi per tutori testamentari coloro che sono confermati senza inquisizione (*L.* 3 *D. de confirm. tut.*).

§. 216. Una siffatta conferma fassi, o senza inquisizione, allorchè il padre destinò illegitimamente il tutore (*b*), come al figlio emancipato, od a quello naturale istituito o con testamento o con codicillo non convalidato da testamento (§. *ult. Inst. de tut. L.* 1, §. 2, *L.* 3 *e* 6, *D. de confirm. tutor.*), o previa inquisizione, o se il magistrato inferiore convalidi l' istituzione *sotto cauzione* (*L.* 5, *D. h. t.*), se la madre o l'estraneo abbia destinato il tutore all' impubere istituito, od il padre al figlio naturale non istituito (*L.* 4, *D. de testam. tut. L.* 1, §. 2, *L.* 2 *e* 7, *D. de confirm. tutor,*). Se la madre abbia dato il tutore al figlio non istituito, non deesi al certo confirmare, ma suolsi nondimeno fare coll' inquisizione (*L.* 4, *D. de tastam. tut.* e ivi. BYNKERSH., *Observ. lib.* 2 *cap.* 18). Del rimanente tutti questi tutori risguardansi per *dativi*, perchè non ven-

(*a*) Anticamente osservavasi lo stesso dritto nell'istituzione dell' erede (§. 523. e 539.)

(*b*) Deesi esaminare se la volontà del padre ha o no perseverato? Presumesi non più continuare qualora scuopronsi nel tutore nascosta pravità di costumi, o inimicizia col padre, o un contratto disavvantaggioso pel figlio, *L* 8, 9, 10 *D, de conf. tut. L.* 4 *D. de test. tut.*

tores non tam ob testatoris iudicium, quam ob inquisitionem confirmentur, *pro* dativis *habentur*, Leg. 5, D. de conf. tut.

§. 217. *Ceterum hodie omnes in universum tutores, sive legitimi, sive testamentarii in Germania confirmantur ob* Rec. Imp. anni 1548 tit. 31, *et* anni 1577 tit. 32: *Quod et moribus Frisiae obtinere, observat ULR. HUBERUS* Prael. ad Pandect. lib. 24 tit. 4, §. 4, *quamvis hic legitima parentum tutela excipiatur*, id. ibid. (*Conf.* Elem. iur. Germ. lib. 1, tit. 15 §. 363).

TITULUS XV.

De legitima adgnatorum tutela.

§. 218. *Quemadmodum, ubi intestatus quis decessit, ex lege succedunt propinqui, et quidem iure veteri agnati: ita et tutela lege XII tabularum defertur proximis agnatis, si pater vel omnino, vel certe, quod ad tutelam, intestatus, vel tutor datus vivo testatore decessit* (*a*) (§. 208) §. 2. Inst. h. t.

§. 219. *Hinc axioma*: ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet, *dummodo persona sit habilis, obeundo muneri publico* (§. 205) §. un. Inst. de legit. patr. tut. L. 73, pr. D. de reg. iur. *Ex quo axiomate fluit tutela* legitima *AGNATORUM, PATRONORUM, PARENTUM, et FIDUCIARIA.*

§. 220. *Quum nimirum lex XII tabularum post liberos vocet agnatos et gentiles*, (*b*) *ULP.* Frag. tit. 36 §. 1 *consequens est*: 1 *ut iure vetere hi soli etiam fuerint tutores legitimi*, *pr.* et §. 1 Inst. h. t.; 2 *Ut proximi agnati excludant remotiores*, *et* 3 *si plures eodem gradu sint, omnes ii tutelam naciscantur*, §. ult., Inst. de cap. dem. L. 9, D. h. t.

§. 221. *Quia vero agnatorum et gentilium discrimen Praetor, agnatorum et cognatorum differentiam Iustinianus*, Nov.

(*a*) *Secus, si tutor testamento datus vel excusetur, vel removeatur vel moriatur, finita nondum tutela, vel si impediatur denique tutela per aetatem, furorem, diem vel conditionem testamento adscriptam. His omnibus enim casibus non legitima, sed dativa tutela locum habet, ob principium explicatum* (§. 214, 7) L. 11 D. de test. tut.

(*b*) *Sunt vero AGNATI et GENTILES* per virilis sexus personas cognatione iuncti. L. 7, D. h. t. *COGNATI, qui per foeminini sexus personas cognatione iunguntur*, §. 1, Inst. h. t. L. 10, §. 2, D. de grad. et adfin. Agnati *vero et* gentiles *ita differunt, ut illi sint eiusdem cognominis, et familiae: hi eiusdem nominis, et gentis: e, g.* C. Iulio Caesari *agnati erant omnes* Caesares: *gentiles omnes* Iulii, *quorum maiorum nemo servitutem servierat. Nam id addendum ideo, quod et liberti patronorum nomen adsumere solebant* (§. 111), *Vide CIC.* Topic. c. 6.

gono tanto confirmati dal giudizio del testatore, quanto per la inquisizione. (*L.* 5, *D. de conf. tut.*).

§. 217. Del resto al presente in Germania tutt' i tutori sieno legittimi o testamentarii vengono confirmati pel *Rec. Imper.* (Ann. 1548, tit. 31, et anni 1577 tit. 32.). Lo che è egualmente in uso nella Frisia siccome osserva HUBER (*Prael. ad Pandect. lib.* 24 tit. 4, § 4), benchè eccettuasi la tutela legittima de' genitori (*lo stesso ivi*) Veggonsi gli Elementi del dritto germanico (*lib.* 1, *tit.* 15, §. 363).

TITOLO XV.

Della legittima tutela degli agnati.

§. 218. Siccome a colui che muore ab intestato succedono per legge i più prossimi, e per antico dritto gli agnati; così la tutela, mercè la legge delle XII Tavole deferiscesi a' prossimi agnati, se il padre morì assolutamente *ab intestato* (§. 2, *Inst. h. t.*), almeno relativamente alla tutela, o il tutore nominato trapassò prima del testatore (*a*) (§ 208) (§ 2. *Inst. h. t.*)

§ 219. Da ciò l' assioma: *Ove sta l' utile della successione, là pure dee essere il peso della tutela*, purchè la persona sia capace di disimpegnare una carica pubblica (§. 205.)(§. *unic. Inst. de legit. patron. tutel L.* 73, *pr. D. de reg. jur.*) Da siffatto assioma deriva la *tutela legittima degli agnati*, *de' patroni*, *de' genitori* e la *fiduciaria*.

§. 220. La legge delle XII. Tavole dopo i figli chiamando gli agnati ed i gentili (*b*). (ULP. *Fragm. tit.* 36, §. 1), ne segue: 1.° che per antico dritto essi soli erano i tutori legittimi (*Dr. e* §. 1, *Inst. h. t.*); 2. che i più prossimi agnati escludono i più remoti, e 3.° che qualora evvene molti nello stesso grado, tutti concorrono nella tutela (§. *ult. Inst. de capit. demin. L.* 9, *D. h. t.*).

§. 221. Avendo il pretore tolta la differenza fra gli agnati e gentili, e Giustiniano quella fra gli agnati e i cognati (*Nov.* 118, cap. 5),

(*a*) Non è lo stesso se il tutore assegnato con testamento si ricusi, o venga rimosso, o muoia pria che sia spirata la tutela, o questa venga impedita per la minor età, per la demenza, per lo tempo o per la condizione prescritti nel testamento. Poichè in tutti siffatti casi non ha luogo la tutela legittima, ma dativa per lo principio spiegato nel §. 214, 7.° *L.* 11 *D. de testam. tut.*

(*b*) Gli AGNATI e i GENTILI sono i congiunti mercè del sesso maschile *L.* 7, *D. h. t.* I COGNATI poi quelli congiunti pel sesso femminile, §. 1, *Inst. h. t. L.* 10, §. 2, *D. de grad. et adfin.* Gli agnati però ed i gentili differiscono tra loro in ciò, che i primi sono del medesimo cognome e famiglia, i secondi hanno il medesimo nome e la stessa stirpe, p. e. a *Giulio Cesare*, erano agnati, tutt' i Cesari, e gentili tutti i Giulii, purchè ninno de' loro ascendenti fosse stato servo. Ciò è necessario a conoscersi perchè i liberti solevano talora assumere il nome da' loro patroni (§. 111), Veg. CICERONE, Topic. c. 6.

CXVIII. cap. 5. *sustulit, hosque cum illis promiscue ad successionem admisit* : 4. *Iure novo cognati, modo idonei sint, una cum agnatis ad tutelam legitimam vocantur*, Nov. CXVIII. cap. 5. *Quin idem Iustinianus* 5 *et matrem ac aviam admisit, easque omnibus a latere cognatis, ipsique avo paterno praetulit, dum renunciient secundis nuptiis, et SC. Velleiano*, Nov. CXVIII. cap. 5. *Quo iure utimur, nisi quod renunciatio iureiurando fieri non soleat* (*Conf.* Elem. iur. Germ. lib. 1 tit. 15. §. 351).

§. 222. *Ceterum inter* agnationem et cognationem *etiam hoc intercedit discrimen, quod haec, tanquam* naturalis qualitas, *minima capitis deminutione tolli nequeat, illa tanquam civilis, omni capitis deminutione perimatur*, §. ult. Inst. h. t. §. 6. Inst. de cap. dem. *Unde hic, loco licet non satis idoneo, inseritur titulus de CAPITIS DEMINUTIONE.*

TITULUS XVI.

De Capitis Deminutione.

§. 223. *Caput nimirum Romanis vocabatur status ille triplex, LIBERTATIS, CIVITATIS, FAMILIAE*, (§. 76) *quia secundum illos status capita referebantur in tabulas censuales* (*a*), Ant. Rom. h. titul. §. 2. seq.

§. 224. *Est itaque CAPITIS DEMINUTIO* status prioris mutatio (*b*), pr. Inst. L. 1, D. h. t.

§. 225. *Quumque* caput *vel* status *sit triplex*, libertatis, civitatis, familiae (§. 223), *triplicem etiam esse oportet capitis deminutionem* : *MAXIMAM*, quam libertas, adeoque *et* iura civitatis *et* familiae : *MEDIAM*, qua, salva libertate, status

(*a*) *Unde* capita libera, *homines sui iuris* (§. 203 *) capite censi, *quorum solum nomen, sine re et prole in tabulas censuales referebatur*, *GELL.* lib. 16, c. 10, capite destituti, servi, §. 4, Inst. h. t., capitalis poena, *et iudicium publicum* capitale, *non solum, quo vita, sed et quo libertas vel civitas adimebatur* ; L. 2, pr. L. 6, §. ult. D. de poen. *Inde ergo et phrases* : caput de civitate eximere, L. 2, D. de publ. iud., *nec non* capite deminui.

(*b*) *Addunt multi* in deterius, *uti et THEOPHILUS* h. t. *et ATTALIOT.* Synops. tit. 3 εις το χειρον. *Sed non opus videtur ista lacinia. Qui enim libertatis, civitatis, vel iurium familiae non est particeps, iste nec caput habet* (§. 223) ; *adeoque mutato statu nec capite deminuitur. Sic servus manumissus capite non minuitur.* §. 4, Inst. h. t. *Immo ne deportatus quidem, vel ab hoste captus, si civitatem, vel libertatem recuperat, quia in eo statu caput, quod amittere possit, non habet.*

vennero tutti indistintamente ammessi a succedere; 4.° pel dritto nuovo sì gli agnati, che i cognati, purchè idonei, vengono chiamati alla tutela (*Nov. ivi*). Anzi lo stesso Giustiniano 5.° ammise la madre e l' ava, e le antepose a tutt' i collaterali e allo stesso avo paterno, purchè rinunciassero alle seconde nozze ed al senatus-consulto Vellejano (*Nov.* 118, *cap.* 4). Un siffatto dritto oggi vige, eccetto che la rinuncia non si fa con giuramento. Veggonsi gli Elementi del dritto germanico (*Lib.* 1, *tit.* 15, §. 351).

§. 222. Del rimanente fra l' *agnazione* e la *cognazione* evvi questa differenza, che la prima, come *qualità naturale*, non vien distrutta dalla minima mutazione di stato, mentre la seconda come civile, estinguesi con qualunque CANGIAMENTO DI STATO (§. *ult. Inst. h. t.* §. *6*, *Inst. de cap. demin.*)

TITOLO XVI.

Del cangiamento dello stato.

§. 223. Appo i Romani la voce *caput* denotava *stato*, che era treplice, cioè di LIBERTA', di CITTADINANZA, e di FAMIGLIA (§. 76), perchè secondo siffatti stati i cittadini detti *capita* venivano iscritti sulle tavole del censo (*a*) (*Antiqu. roman. h. t.* §. *2 e segu.*)

§. 224. CAPITIS DEMINUTIO dunque altro non *è che il cangiamento dello stato* (*b*)) *Pr. Inst. L.* 1, *D. h. t.*

§. 225. Essendo lo stato di tre specie, cioè di *libertà*, di *cittadinanza*, e di *famiglia* (§. 223), fa uopo che il suo cangiamento sia altresì di tre specie: il MASSIMO cioè, col quale perdesi la libertà, e per conseguenza il dritto di cittadinanza e di famiglia; il MEDIO, che, restando intatta la libertà, toglie lo

---

(*a*) Da ciò i *capita libera* o capi liberi ossia uomini di proprio dritto (§. 203*); i *capite censi* erano coloro che iscrivevano nelle tavole del censo il solo nome, senza possedimenti e senza prole. AULO GELLIO. *lib.* 16, *cap.* 10; *i capite destituti*, ossia i servi, §. 4 *Inst. h. t.*; *pena capitale e giudizio pubblico capitale* era non solo ciò che faceva perdere la vita, ma altresì la libertà e la cittadinanza, *L.* 2 *pr. L.* 6, §. *ult. D. de paen.* Da ciò le frasi: *togliere i dritti di cittadinanza L.* 2, *D. de pub. sud.*; *non che l' esser privato dello stato.*

(*b*) Molti a questa definizione aggiungono l' espressione in *deterius* vale a dire passaggio dallo stato migliore al peggiore, come TEOFILO, h. t. e ATTALIOT. *Synops.* tit. 3 *eis to cheiron.* Ma è superflua una siffatta aggiunta; poichè chi è restato privo de' dritti di libertà, di cittadinanza e di famiglia, lo è altresì della persona (§. 223), di guisa che cangiando stato non può perdere la personalità che non possiede. Così il servo manomesso non deteriora di condizione, §. 4, *Inst. h. t.* Anzi neppure il deportato o prigioniero presso il nemico, qualora ricuperi la libertà o la cittadinanza, poichè in siffatto stato non ha *capo* che possa perdere.

civitatis; *et MINIMAM*, qua, salva libertate *et* civitate, iura familiae perimuntur, pr. Inst. L. ult. D. h. t. Maxima *et* media, (§. 76), *morti comparantur*, *et hinc* mors civilis *vocari solent*, L. 209, D. de reg. iur. §. 1, Inst. quib. mod. ius patr. potest. sol.

§. 226. *Itaque MAXIMAM capitis deminutionem patiebantur* : 1 *detrusi in servitutem*: *sive per captivitatem*, *sive per modum poenae in hanc calamitatem inciderint* (§. 82, 83): 3 *servi poenae* (§. 83 *), *quamvis haec servitus poenae in favorem cognatorum a Iustiniano sublata sit* Nov. XXII. cap. 8.

§. 227. *MEDIAM contra patiebantur* : 1 *ii*, *quibus aqua et igni interdictum* (*a*) ; 2 *deportati*, *qui et EXSULES dicebantur*, L. 5, pr. D. §. 2, Inst. h. t. L. 2, §. 1, D de poen. 3 *transfugae*; *vel* 4 *hostes iudicati*, L. 5, §. 1, D h. t. : *non vero* 5 *RELEGATI*, *quippe qui*, *salvis civitatis iuribus*, *urbe tantum vel provincia exiisse iubebantur*, §. 2. Inst. h. t. et §. 2. Inst. quib. mod. ius. patr. pot. solv.

§. 228. *MINIMAM denique capitis deminutionem patiuntur* : 1 *adrogati*, *quia ex patribusfamilias fiunt filiifamilias* (§. 179), §. 3, Inst. L. 3, pr. §. 1, D. h. t. : 2 *adrogatorum liberi*, *qui patrem sequuti*, *familiam mutant*. (§. 180, 2), L. 40 D. de adopt. : 3. *legitimati*, *in primis per subsequens matrimonium*, *quia sui iuris esse desinunt* (§. 166, 1) : *et* 4 *iure veteri* (*b*) *etiam emancipati*, §. 3, Inst. h. t.

§. 229. *Capitis deminutionem maximam hodie obsolevisse*, *omnes fatentur*. *Mediae in Germania comparant proscriptionem*, *vel bannum imperii*, *et relegationem cum ictu fustium HERM. STAMM.* de serv person. lib. 1, tit. 4 n. 16 seq. *In aliis provinciis exilium*, *vel condemnationem ad triremes perpetuam*, *et cum pubblicatione bonorum coniunctam*, *eidem similia statuunt*,

(*a*) *Nemini civium Rom. iura civitatis adimi invito poterant nisi ipse auctor fieret*, *CIC.* pro domo cap. 72. *Quia tamen statim ea admittebantur*, *simul ac quis alii civitati adscribi se passus erat*, idem ibid cap. 81, *siquidem nemo iure Romano duarum civitatum civis esse poterat*, *CORN. NEP.* vit. Attic. cap. 3 ; *hinc aqua et igni interdicebatur reis*, *quos civitate privatos volebant*. *Nam simul ac illi*, *hac adacti necessitate*, *solum verterant*, *et in aliam civitatem se receperant*, *Romanam ipso iure amisisse censebantur*, *CIC.* pro domo cap. 30.

(*b*) *Quia emancipati nemo poterat*, *quin in imaginariam servilem caussam deduceretur* (§. 195). L. 3 §. 1 D. h. t. *Quod cessat iure novo*, *maxime quum ob* Nov. CXVIII. c. 4 et 5 *etiam emancipatis iura successionis et familiae salva sint*.

stato di cittadinanza; ed il MINIMO con cui, restando salvi i dritti di libertà e di cittadinanza, perdesi il dritto di famiglia (*Pr. Inst. L. ult. D. h. t.*) Il *massimo* e *medio* cangiamento di stato vengono paragonati alla morte, perchè colui che n'è colpito cessa di essere persona. (§. 76) e per ciò sogliousi denominare *morte civile L.* 209, *D. de reg. jur.* §. 1, *Inst. quid. modo jus pater. potest. solv.*

§. 226. Soffrivano dunque il MASSIMO cangiamento di stato: 1.° coloro che erano caduti in servitù, sia per prigionia, sia per pena (§. 82, 83); 2.° i servi di pena (§. 83*), sebbene siffatta servitù fosse da Giustiniano abolita in favore de' cognati (*Nov.* 22, *cap.* 8).

§. 227. Soffrivano poi il MEDIO: 1.° coloro a'quali era interdetto l'uso dell'acqua e del fuoco (*a*); 2.° i deportati che appellavansi altresì esuli (*L.* 5, *pr. D.* §. 2, *Inst. h. t. L.* 2, §. 1, *D. de poen.*); 3.° i desertori; 4.° coloro che venivano dichiarati nemici (*L.* 5, § 1 *D. h. t.*), e non 5.° i rilegati, i quali conservando i dritti di cittadinanza, soltanto li era ingiunto di allontanarsi o da Roma o dalla provincia (§. 2, *Inst. h. t.* §. 2, *Int. quid. mod. jus patr. potest. solv.*

§. 228. Finalmente soffrivano il MINIMO: 1.° gli arrogati, perchè da padri di famiglia divenivano figli di famiglia (§. 179) (§. 3, *Inst. L.* 3, *pr.* §. 1, *D. h. t.*); 2.° i figli degli arrogati, i quali seguendo il padre cangiavano famiglia (§. 180, 11) (*L.* 40, *D. de adopt.*); 3.° i legittimati sopratutto per susseguente matrimonio, poichè cessavano di essere di proprio dritto (§. 166, 1); e 4.° per antico dritto (*b*) anche gli emancipati (§. 3, *Inst. h. t.*)

§. 229. Tutti convengono che al presente sia completamente abolito il massimo cangiamento di stato. Il medio paragonasi in Germania alla proscrizione, o bando dall'impero, od alla rilegazione colla frusta (HERM.STAM. *De servit. person. lib.* 1, *tit.* 4, *num.* 16 *e segu.*); in altri luoghi equivale alla condanna alle galere perpetue, unita alla confisca de' beni (VINN.

(*a*) Niun cittadino romano poteva esser privato del dritto di cittadinanza senza la sua volontà, CICERONE *pro domo cap.* 72. Intanto perdevasi tostochè dichiaravasi cittadino di un'altra città, secondo lo stesso autore, *ivi cap.* 81; giacchè per dritto romano non si poteva essere cittadino di due città. Al dire di CORNELIO NIPOTE, *nella vita di Attico cap.* 3, che per tal motivo interdicevasi l'uso dell'acqua e del fuoco ai delinquenti che si volevano privare del dritto di cittadinanza; imperocchè appena che per siffatta necessità erano costretti ad abbandonare il patrio suolo e trasferirsi altrove reputavansi già decaduti *ipso jure* dalla cittadinanza romana, CICER. *pro domo cap.* 30.

(*b*) Poichè nessuno poteva essere emancipato, se non fosse stato pria ridotto in servitù imaginaria (§. 195) *L.* 3. §. 1, *D. h. t.*; lo che cessò col nuovo dritto, specialmente per la Nov. 118, cap. 4 e 5, ove fu sancito, che salvi restavano agli emancipati i dritti di successione e di famiglia.

VINN. ad h. t. *Sed dum similia haec aiunt capitis deminutioni medias, simul agnoscere videntur, quod omne simile quodammodo dissimile, et saltim non idem fit.*

TITULUS XVII.

De legitima Patronorum tutela.

§. 230. *Altera species tutelae legitimae est tutela PATRONORUM* (§. 219). *PATRONUS* est, qui servum, *sive proprium, sive alienum* manumisit; L. 3, §. 1, seq. D. de suis et leg. her. L. 3, D. de iur pat.

§. 231. *Quia ergo huic libertus debet, quod persona esse coeperit, quum antea esset in classe rerum* §. 105.), *et hinc olim liberti pater et proximus agnatus credebatur* (§. 111.) *legibus* XII *tabularum patronus eiusque liberi, tanquam proximi agnati vocabantur ad successionem, si non extarent, sui heredes. ULPIAN.* Fragm. t. 29, §. 1, L. 23, §, 1, D. de bon. libert. pr. Inst. de suces. lib.

§. 232. *Quia vero, ubi successionis commodum, ibi et onus tutelae esse oportet* (§. 219): *inferebant inde veteres prudentes, libertorum impuberum, vel liberorum eorum tutelam deferendam esse patronis patronorumque liberis, huic muneri suscipiendo idoneis* L. 3, pr. D. de legit. tutor. §. un. Inst. h. tit. *Quod hodie extra usum est.*

TITULUS XVIII.

De legitima Parentum tutela.

§. 233. *Tertia tutelae legitimae species est, quae PARENTIBUS defertur* (§. 219), *quippe qui aetatem liberorum impuberum emancipatorum tanquam patroni, regunt,* L. 3, §. ult. D. de legil, tut. §. un. Iust. h. t.

§. 234. *Nimirum pater filium emancipabat per tres vendititiones et manumissiones imaginarias* (§. 195), *adeoque hic quodammodo in servilem caussam deducebatur* (§. 228. *,) L. 3, §. 1, D. de cap. min. *et hinc manumissus non quidem ratione status* (§. 91, 4, 5), *sed tamen ratione iurium patronatus quasi libertus erat manumissoris. Hinc manumissor et, tanquam patronus, succedebat* (§. 230), *adeoque idem et tutor erat emanciputi impuberis,* (§. 232).

§. 235. *Quum vero pater, emancipans interposita fiducia, sibi stipulari soleret, ut filius tertium vendibus ab emtore sibi remanciparetur, quo ipse potius quam ille eum manumitteret,*

Comment. ad h. t.). Ma mentre assimilano alle indicate pene il medio cambiamento di stato, sembrano nello stesso tempo riconoscere che ciò ch' è simile in questo caso sia poi dissimile in altri, o almeno non sia la stessa cosa.

TITOLO XVII.

Della tutela legittima de' padroni.

§. 230. L'altra specie di tutela legittima è quella de' PATRONI (§. 219). PATRONO è quello che ha manomesso sia il servo proprio, o quello di un altro (*L.* 3, §. 1, *segu. D. de suis et leg. hered. L.* 3, *D. de jur. patr.*).

§. 231. Siccome il liberto dee al patrono il beneficio di essere passato da cosa a persona (§.105), e che per ciò anticamente risguardavasi qual suo padre e prossimo agnato (§. 111), così per le leggi delle XII Tavole lo stesso ed i suoi figli, come agnati più prossimi, gli succedevano, se moriva senza prole (*ULP. Fragm. tit.* 29, §. 1, *L.* 23, §. 1, *D. de bon. lib. pr. Inst. de succes. libert.*).

§. 232. E perchè, ove stà il vantaggio della successione, là consister deve il peso della tutela (§. 219), i giureconsulti ne conchiudevano che la tutela de' liberti impuberi, e de' loro figli doveasi deferire a' loro patroni, od a' figli degli stessi, purchè suscettibili di una siffatta carica (*L.* 3, *pr. D. de legit.* §. *unic. Inst. h. t.*). Lo che oggi non ho luogo.

TITOLO XVIII.

Della tutela legittima degli ascendenti.

§. 233. La terza specie di tutela legittima è quella che deferiscesi agli ASCENDENTI (§. 219), perchè governano, come patroni, la tenera età de' loro figli impuberi emancipati (*L.* 3, §. *ult. L. de legit. tut.* §. *unic. Instt h. t.*

§. 234. Poichè il padre emancipava il figlio con tre vendite e tre manumissioni imaginarie (§. 195*), di guisa che il figlio era ridotto in un certo modo allo stato di schiavitù (§.228) (*L.* 3, §. 1, *D. de cap. minut.*), e quindi manomesso consideravasi, non in quanto allo stato (§. 91, 5, 7), ma bensì risguardo al dritto di patronato, qual liberto del manomissore. Laonde il manomissore gli succedeva (§. 230) come patrono, e per conseguenza era nello stesso tempo tutore dell'impubere emancipato (§. 232).

§. 235. Siccome il padre che emancipava soleva, col contratto di fiducia, stipulare che il figlio venduto per la terza volta gli fosse dal compratore rivenduto, per modo che venisse dal padre anzichè dal compratore manomesso, acciò godesse de' dritti

iuribusque patronatus frueretur (§. 195), *eaque fiducia ex constitutione Iustiniani semper interposita fingeretur* , §. ult. Inst. de legit. agn. succ. Leg. ult. Cod. de emanc. lib. , *consequens erat* , *ut pater* , *tanquam patronus* , *filio filiaeve emancipato emancipataeve succederet* (§. 231), *et hinc etiam eorum susciperet tutelam legitimam*, *si essent impuberes* (§. 232) §. un. Inst. h. t. L. 3, §. ult. D. de legit tut.

§. 236. *Sed haec legitima parentum tutela* , *cessante emancipatione vetere* , *et iuribus patronatus plane extinctis* , *hodie*, *fatentibus omnibus* , *extra usum est. Moribus Germanorum pater curator est filiorum etiam non emancipatorum* , *ratione bonorum adventitiorum maternorum.* Ius Prov. Sax. Lib. 1, art. 11. *Quod et ulibi obtinet, et non ex* L. ult. C. de bon. quae lib., *sed ex iuris patrii reliquiis repetendum* (*Conf.* Elem. iur. Germ. lib. 1 tit. 6 §. 138, 139), *De tutela matris et aviae iam diximus* §. 221.

TITULUS XIX.

De fiduciaria tutela.

§. 237. *Legitimam hanc parentum tutelam* , *de qua superiore titulo actum* , *olim ab interposita illa fiducia* (§. 195 *et* 235), *dictam esse* *FIDUCIARIAM*, *patet ex* *ULPIAN.* Fragm. t. 11 §. 5. *Sed Iustinianus quartam speciem tutelae legitimae* fiduciariam vocat §. un. Inst. h. t. L. 4, D. de legit. tut.

§. 238. *Itaque FIDUCIARIA TUTELA Iustiniano est* , *quae post* mortem patris emancipatoris , liberis eius masculis perfectae aetatis defertur in emancipatum impuberem , d. L. 4, D. de legit. tut. §. un. Inst. h. t. *Quia enim pater emancipator per interpositam fiduciam iura patronatus consequebatur, et hinc legitimus tutor erat filii emancipati adhuc impuberis* (§. 235): *consequi videbatur* , *ut, eo mortuo* , *liberi eius nondum emancipati* , *hanc tutelam consequerentur* , *tanquam patroni filii* ; *quos lex* XII *tabularum aeque ad successionem vocabat* , *ac patronus* (§. 231.) , d. §. un. Inst. h. t. *Quod ipsum quoque hodie extra usum est.*

TITULUS XX.

De Atiliano tutore , *et eo* , *qui ex lege Iulia et Titia datur.*

§. 239. *Actum hactenus de tutela* testamentaria (Tit. 14.) et legitima (Tit. 15. seq.) : *iam tertia sequitur tutelae species*, *quam DATIVAM vocant* , *quia haec tutoris datio est* actus legitimus (§. 70) , quo , deficientibus testamentariis et legitimis, tutores a magistratu ex lege dantur , pr. Inst. h. t.

del patronato (§. 195), e poichè in virtù della costituzione di Giustiniano una siffatta fiducia supponevasi sempre interposta (*§. ult. Inst. de legit. agnat. success. L. ult. Cod. de emanc. liber.*) ne seguiva che il padre, in qualità di patrono, succedeva al figlio od alla figlia emancipati (231), e quindi n'era il tutore legittimo allorchè impuberi (§. 232) (*§. unic. Inst. h. t. L.* 3, *§. ult. D. de leg. tut.*).

§. 236. Ma la prefata tutela legittima degli ascendenti, ora che l'antica emancipazione, ed i dritti di patronato sono completamente aboliti, è, per comune consenso, disusata. Per le consuetudini de' tedeschi, il padre è il curatore de' suoi figli, anche non emancipati, pe' beni avventizi materni (*Ius. prov. Sax. lib.* 1, *art.* 11). Lo che ha altresì luogo altrove, non per dritto di Codice (*L.ult.C.de bon. quae lib.*), ma per gli avanzi del dritto patrio. (Veg. gli Elem. del Dr.Germ. lib. 1, tit. 6. §. 138, 139). Della tutela della madre e dell'ava ne parlammo già al §. 221.

TITOLO XIX.

Della tutela fiduciaria.

§. 237. La tutela legittima degli ascendenti, trattata nell'antecedente titolo, fu detta anticamente FIDUCIARIA dall' interposta fiducia (§. 195 e 235), come apparisce da ULPIANO (*Fragm. tit.* 11, §. 5). Ma Giustiniano chiama FIDUCIARIA una quarta specie di tutela legittima (*§. unic. Inst. h. t. L.* 4, *D. de legit. tutel.*).

§. 238. *La* TUTELA FIDUCIARIA *dunque* secondo Giustiniano *è quella, che, dopo la morte del padre emancipatore, deferiscesi a' suoi figli maschi maggiori sull'impubere emancipato* (*D.L.* 4, *D. de legit. tutel. §. unic. Inst. h. t.*). Imperocchè, siccome il padre emancipatore per l' interposta fiducia, conseguiva i dritti di patronato, diveniva per ciò il legittimo tutore del figlio emancipato ancora impubere (235); così sembrava giusto che, dopo la sua morte, i figli non ancora emancipati conseguissero questa tutela, come figli del patrono, che la legge delle XII Tavole, chiamava alla successione del pari che i patroni (§. 231) *D. §. unic. Inst. h. t.*). Lo che oggi è altresì disusato.

TITOLO XX.

Del tutore Atiliano e di quello, che si dava per la *legge Giulia e Tizia.*

§. 239. Trattata finora la tutela testamentaria (tit. 14), e quella legittima (tit. 15 seq.): segue ora la terza specie di tutela detta DATIVA, perchè siffatta designazione del tutore è un *atto legittimo* (§. 70), *col quale, in mancanza di tutori testamentari e legittimi, vengono per legge i tutori destinati dal magistrato* (Pr. *Inst. h. t.*).

§. 240. *Ex quo tria fluunt axiomata : I. Tutor hic ex lege a magistratu datur* , L. 6, §. 2, D. h. t. *II. Datur in subsidium , deficientibus testamentario et legitimo. III. Tutoris datio est actus legitimus,* L. 77, D. de reg. iur.

§. 241. *Datur , inquam , tutor ex lege* (§. 140 , 1), *et in urbe quidem ex lege ATILIA , lata ante ann. u. c.* 557 *ubi patet ex Livio* , Histor. lib. 39 c. 9, *procul dubio a* L. Atilio Regulo , *tribuno plebis, a. u. c.* 443 *Liv.*, Hist lib. 9 c. 30 (*a*) *In provinciis (excepta Sicilia , de qua vid.* Excerpt. Peiresc. p. 397) *ex lege IULIA et TITIA , lata a. u. c.* 728 Caesare Augusto III. *et* M. Titio Rufo *coss.* (*b*) *Henr. Vales.* ad Excerp. Peiresc. p. 61.

§. 242. *Quum ergo ex lege tutor detur* (§. 240 seq.), *sequitur* : 1 *ut nullus possit tutorem dare iure magistratus, sed ex speciali concessione populi vel principis* , L. 6, §. 2, D. de tut. dat. L. 1, pr. de offic. eius, cui mand. est iurisdict. *Specialiter autem id ius concessum erat* lege Atilia *praetori urbano, cui adhibenda in consilium maior pars tribunorum plebis* , (*c*), pr. Inst. h. t. *LIVIO* lib. 39 cap. 9 *In provinciis* lege Iulia *et* Titia *praesidibus* , pr. Inst. h. t. *Postea in urbe coss. iussu Claudii ex inquisitione, SVETONIO*, Claud. c. 23, *et paullo post. praetores tutelares ex constitutione Marci Antonini* , *IUL. CA-*

(*a*) *Auctor* Histor. iur. l. 1. c. 3 §. 88.

(*b*) *Deseruit nuper Henrici Valesii sententiam Aug. Christ. Marchius , edita singulari dissertatione* de tutoribus ex lege Iulia et Titia datis , Lipsiae 1736. *Potius non unam esse legem statuit , sed duas , quarum* Titia *antiquior , lata sit anno ab urbe condita vel* 488 , *vel* 526 , *sive a* C. Titio , *sive a* Q. Titio , *trib nis plebis* : Iulia *contra a* Caesare Augusto *anno* 726. *Et sunt sane eius argumenta nonnullius momenti. Urget enim testimonium Theophili* , Paraphr. pr. Inst. de Atilian. tut. , *ubi diserte memorat* : Δύομεν Ἰούλιον καὶ Τιτίανον duas leges , Iuliam et Titiam. *Urget copulam et quae interiici non soleat inter collegarum nomina , a quibus lex aliqua cognominetur. Enimvero quemadmodum non adeo classicum videtur Theophili de re tam antiqua testimonium , ita exemplo non caret copulativa* et *etiam unius legis auctorum nominibus interiecta ; quod ut uno probem exemplo , notissima est lex* Licinia et Mucia , *constanter ita vocata a Cicerone* , Orat. pro Balbo c. 21, *in* Brut. c. 15 *et in* fragmentis orationis pro C. Cornelio perduellionis reo. *Auct.* Hist. iur. l. 1 c. 4 §. 164.

(*c*) *Itaque quum alias vel unus tribunus reliquorum consilia intercedendo turbare posset, LIV.* l. 4 c. 49 l. 6 c. 35. *DIONYS HAL.* l. 10 p. 658, *id ius intercedendi in tutoris datione sublatum erat lege Atilia , quae paucorum sententiam a pluribus superari iusserat, VINN.* Comment. h. t.

§. 240. Da ciò derivano tre assiomi: 1.° che il tutore dativo viene per legge dal magistrato destinato (*L.* 6, §, 2, *D h. t.*); 2.° è dato sussidiariamente in mancanza di quello testamentario e legittimo; 3.° che la designazione del tutore è un atto legittimo (*L.* 77, *D. de reg. jur.*)

§. 241. Il tutore dunque vien dato dalla legge (§. 240, 1): in Roma per la legge ATILIA, promulgata prima dell'anno 557 della sua fondazione, siccome chiaramente appare da *Tito Livio* (Lib. 39 cap. 3), senza dubbio da L. Atilio Regolo, tribuno della plebe, l' anno di Roma 443 (*Livio* lib. 9 cap. 30) (*a*); e nelle provincie poi (eccetto la Sicilia, *Excerpt. Peiresc. p.* 397), in virtù della legge Giulia e Tizia, promulgata l'anno di Roma 722 sotto il terzo consolato di Augusto, e sotto quello di Tizio Rufo, cominciato alle calende di maggio (*a*) (*Vales ad Excerpt. Peiresc.p.*61).

§. 242. Poichè il tutore vien dato dalla legge (§. 240 seg.) ne segue: 1.° che niuno può darlo pel semplice dritto della magistratura, ma per speciale concessione del popolo o del principe (*L* 6, §. 2, *D. de tut. dat.*, *L.* 1, *pr. D. de off. ejus cui mandat. est jurisd.*). Un siffatto dritto per la legge *Atilia* veniva in special modo accordato al pretore urbano, che deliberar dovea colla maggior parte de' tribuni della plebe (*b*) (*pr. Inst. h. t. LIVIO. lib.* 39, *cap.* 9); nelle provincie per la legge Giulia e Tizia accordavasi a' presidi (*Pr. Inst. h. t.*). In seguito in Roma, per ordine di Claudio, i consoli nominavano i tutori con inquisizione (*SVET.*, *in Claud. cap.* 23), e poco stan-

(*a*) L' autore della storia del dritto *lib.* 1, c. 3, §. 38.

(*b*) L' opinione di *Henr. Vales* è stata ultimamente abbandonata da *Aug. Crist. March.* in una particolare Dissertazione *su' tutori dati* in virtù della legge Giulia, pubblicata a Leipsick nel 1736. Ha dimostrato che non si trattava di una legge, ma di due, delle quali, la legge Tizia più antica, è stata promulgata l' anno di Roma 448 e 525, sia da C. Tizio, sia da Q. Tizio tribuni della plebe: la legge Giolia, per lo contrario, fu promulgata da Cesare Augusto l' anno 726; ed in vero i suoi argomenti non sono di poco peso. Avvegnachè evvi la testimonianza di Teofilo, *Paraphr. Inst. de Atil.. tutor.* ove dice espressamente *Bnomous Ioulion Kai Titianon*, *due leggi Giulia* e *Tizia*. Evvi la particella congiuntiva *e* che non suolsi comunemente frapporre fra nomi di colleghi che danno il loro nome a qualche legge. Ma da una parte l' autorità di Teofilo in una cosa così antica non è di molto peso, dall'altra non è senza esempio che la particella congiuntiva *e* sia frapposta fra' nomi degli autori di una stessa legge; e per comprovarlo con uno esempio, non conoscesi altro che la legge *Licinia* e *Muzia*, costantemente in tal modo denominata da Cicerone, (orazione pro *Balbo* c. 21; in Orat. c. 25, e ne' frammenti dell' orazione pro. *C. Cornelio perduellionis* reo. Veggasi l' autore dell' *Istoria del dritto lib.* 1 *cap.* 4, §. 164.

(*c*) Siccome un sol tribuno poteva in altre circostanze opporsi alle deliberazioni di tutti gli altri (TITO LIVIO, lib. 4, cap. 49; lib. 6 cap.35, DIONIGI DI ALICARNASSO lib. 10, p. 658), così nella nomina del tutore dritto di opposizione era stato abolito dalla legge Atilia, che prescriveva di procedersi a plurità di voti. VINN. *Comment. h. t.*

PITOLIN. vit. Marc. 10; *hinc et praefectus urbi et praetor, secundum suam iurisdictionem, in provinciis praesides, et ex eiusdem Marci oratione legati procoss. vel, si non magnae essent pupillorum facultates, magistratus municipales, iussu praesidum, tutores dabant* (*a*), §. 3 e 4, Inst. h. t. L. 1 pr. §. 1, D. de tut. dat. *Denique et municipalibus magistratibus, sine iussu praesidum* Leg. 3 Leg. 19 D. h. t. *cum Episcopo loci, si pupillus ultra D solidos non haberet, et Iuridico Alexandriae, ea facultas data est*, L. 30 C. de Episc. auct. §. 5, Inst. h. t.

§. 243. *Ex eodem axiomate fluit: 2 tutoris dationem non posse mandari* (*b*), L. 8, pr. D. de tut. et cur. dat. L. 1, pr. D. de off. eius, cui mand. est iurisdict.

§. 244. *Quum porro tutores dentur in subsidium* (§. 240 2), *tutela dativa locum habet: 1 si nec testamentarius; nec legitimus tutor est*, pr. Inst. h. t.: 2. *Si tutela testamentaria vel impeditur, et adhuc speratur, vel finitur morte, excusatione vel remotione tutoris testamentarii* (§. 213, 5). , L. 11 D. de test. tut. §. 1 et 2 Inst. h. t.

§. 245. *Denique quum tutoris datio sit actus legitimus* (§. 240 3), *sequitur: 3 ut pure tantum, non sub conditione, nec in diem vel ex die tutor dari possit*, L. 6 §. 1 D. de tutel. (§. 70.). *Quod secus se habet in tutela testamentaria* (§.213 4).

§. 246. *Hodie tutoris datio ad ordinariam pertinet iurisdictionem, omnibusque ea facultas competit, quibus est aliqua saltim civilis iurisdictio. Immo magistratibus nostris ius est praetereundi testamentarios et legitimos, aliosque magis idoneos constituendi, si e re pupilli videatur*, *SCHILT.* Exerc. XXXVII. t. 46 seq. *ZYPAEUS* Not. Belg. de tut. Statuta Fris. l. 1 tit. 7 art. 1 (*Conf.* Elem. iur. Germ. l. 1 tit. 15 §. 30).

(*a*) Praetor *intra urbem*; praefectus urbi *intra centesimum ab urbe lapidem, vel in provinciis suburbicariis*, L. 1 pr. et L. ult. D. de off. praef. urb. (*Conf. IAC. GOTHOFR.* dissert. de provinciis suburbicariis).

(*b*) *Tutores quidem dabant etiam legati procos.* (§. 242) L. 15. D. de offic. procoss., *qui non propriam, sed mandatam iurisdictionem exercebant.* L. 13 D. eod. *Sed ea facultas iis non competebat ob mandatam iurisdictionem, verum ex oratione D. Marci, ex qua legati eam facultatem accipiebant, simul ac ipsis iurisdictio a procoss. mandata esset*, L. 1 §. 1 D. h. t. *Eodem modo et duumviri, praesidum auctoritate, tutores cum satisdatione dabant, si modicae essent pupillorum facultates* (§. 242), L. 3 D. de tut. dat.

te si crearono all'uopo i pretori tutelari in virtù della costituzione di Marco Antonino (GIULIO CAPITOLINO *in vit. Marc. cap.* 10); in seguito il governatore di Roma ed il pretore, ciascuno secondo la sua giurisdizione; nelle provincie poi da' presidi, e per la costituzione dello stesso M arco da' legati dei proconsoli; e se le facoltà del pupillo non erano considerevoli, i magistrati municipali, previa autorizzazione del preside, destinavano il tutore (*a*) (§. 3 e 4, *Inst. h.t.* *L.* 1, pr. §. 1, *D. de tut. dat.* Finalmente ai magistrati municipali, senza ordine del preside insieme col vescovo del luogo, se il pupillo non possedeva più di cinquanta mila sesterzii, ed altresì al giudice di Alessandria fu concessa una siffatta facoltà (*L.* 30, *Cod. de Episcop. audient.* §. 5, *Inst. h. t.*).

§. 243. Dallo stesso assioma deriva: 2.° che non si possa delegare la facoltà di dare il tutore (*b*) (*L.* 8, *pr. D. de tut. et curat. dat. L.* 1, *pr. D. de off. ejus, cui mand. est jurisd.*).

§. 244. Poichè i tutori destinansi sussidiariamente (§. 240, 2) la tutela dativa ha luogo 1.° allorchè non evvi nè tutore testamentario, nè legittimo (*Pr. Inst. h. t.*); 2.° se la tutela testamentaria o sia impedita ed ancora sperabile, o cessata colla morte, colla ricusa, o colla rimozione del tutore testamentario (213, 5.°) (*L.* 11, *D. de test. tut.* §. 1 e 2 *Inst. h. t.*)

§. 245. Finalmente la destinazione del tutore essendo un atto legittimo (240, 3), ne segue 3.° che debbesi dare puramente e semplicemente, e non già sotto condizione, nè per un tempo determinato, nè a cominciare da un dato giorno (*L.* 6, §. 1, *D. de tut.*) (§. 70). Il contrario praticasi nella tutela testamentaria (§. 213, 4)

§. 246. Al presente la destinazione del tutore appartiene alla *giurisdizione ordinaria*, e per ciò compete a tutti coloro che sono rivestiti di qualche giurisdizione, almeno civile. Che anzi i nostri magistrati hanno la facoltà di rimuovere i tutori testamentari e i legittimi, e sostituirne altri più idonei, se torna a vantaggio del pupillo (SCHILT., *Exerc.* XXXVII, *t.* 46. *seg.* ZIPEO *Not. Belg. tit. de tut. statuta Fris. lib.* 1, *tit.* 7. *art.* 1). Veggansi gli *Elementi del dritto germanico* (*Lib.* 1. *tit.* 15 § 30.

(*a*) Il pretore nella città; e il prefetto della città nella distanza di cento miglia da Roma, o nelle provincie suburbane, *L.* 1, *pr. e L. ult. D. de off. praef. urb.* Veggasi GOTOFREDO, *Diss. de provinciis suburbicariis.*

(*b*) I tutori venivano assegnati anche dai legati del proconsole (§. 242) *L.* 15, *D. de off. procons.*, che non esercitavano una giuridisdizione propria, ma delegata *L.* 13, *D. eod.* Ma siffatta facoltà, rispetto alla tutela, non dipendeva dalla giurisdizione delegata, competeva loro per una costituzione di Marco Aurelio, mercè la quale i legati assumevano di dritto un siffatto potere, tostochè veniva loro delegata ta giurisdizione dal proconsole *L.* 1, §. 1, *D. h. t.*) Del pari i duumviri, coll'autorità de' presidi, assegnavano i tutori, previa cauzione, se le facoltà del pupillo erano poco considerevoli (§. 242), *L.* 3, *D. de tut. dat.*

TITULUS XXI.

De auctoritate tutorum.

§. 247. *Pupilli imperfecta est aetas* (§. 201), §. 6 Inst. de Atil. tut. *imperfectior tamen* infantis, *qui fari non potest*, *quam vel* infantiae vel pubertati proximi (*a*). *Hinc in infantem vi*; *in* infantiae, *vel* pubertati propiorem *POTESTATE pollere tutorem diximus* (§. 203 *).

§. 248. *INFANS ergo nihil*, *sed pro illo tutor omnia agit*, L. 1 §. 2 D. de adm. tut. L. 9 D. de adquir. hered.; *ast MAJOR INFANTIA ipse*, *si tutor velit*, *agit*, *auctore tutore*, d. l. 9 D. de adqu. her. §. 9 Inst. de inutil. stipul. L. 3 C. de adquir. possess, *qui veluti supplet*, *quod pupilli personae ob lubricum aetatis deesse videtur*, L. 32 §. 2. D. de adquir. vel amitt. possess. *Unde* auctoritas *ab augendo dicta videtur veteribus*. *CHARIS*. *Grammat.* lib. 1.

§. 249. *Est vero AUCTORITAS* actus legitimus (*b*) (§. 70), quo tutor id, quod pupillus infantia maior gerit (§. 248) et ex quo deterior eius conditio fieri posset, solemniter adprobat, *ut*, *quod personae eius deest*, *suppleatur* (§. 248).

§. 250. *Quum ergo auctoritas sit* actus legitimus (§. 249): 1. *ea interponenda erat statim in ipso negotio* (*c*): 2. *a tutore*

(*a*) *Infantia iure nostro usque ad annum aetatis septimum completum porrigitur* L. 14. D. de spons. L. 18. C. de iur. delib. L. 1 §. 2. D. de administr. tut. *Septenni maior*, *sed qui decimum cum dimidio*, *vel quae nonum cum dimidio nondum attigit*, infantiae; *qui decimum*, *vel quae nonum cum dimidio excessit*, *sed nondum pubes est*, pubertati proximus, *vel* proxima *esse dicitur.*

(*b*) *Non solent hoc alii observare. Sed quum in* L. 77. D. de reg. iur., *non omnes actus legitimi recenseantur* (§. 70 *), *et in auctoritate omnia actuum legitimorum requisita concurrant*, (§. 250) *vix est*, *quod illam esse actum legitimum dubitemus.*

(*c*) *Turbare videtur*, *L.* 25 §. 4 D de adquir. hered. *in qua iussus* praecedere, auctoritas *PERFECTO NEGOTIO* interponi dicitur, *JAC. GOTHOFR.* ad L. 29 D. de reg. iur. *legendum putat* provecto negotio. *Sed nihil emendatione opus. Non enim ea lex ait*, *dudum* provecto *negotio auctorem fieri posse tutorem*, *sed* perfecto negotio, *id est*, *simul ac iste actus explicatus erat*, *a quo negotium perfectionem capiebat et substantiam. Sic. e. g. in stipulatione pupillus interrogatus*, *congrue respondebat*, *eoque perfecto actu*, *tutor praesens statim interponebat auctoritatem. Hinc eleganter a veteribus disputatum*: *si mulier*, *quae in*

TITOLO XXI.

Dell' autorità de' tutori.

§. 247. L'età del pupillo è imperfetta (§. 202) (§. 6 , *Inst. de Atil. tut.*), più imperfetta intanto è l' età di un infante che non parla, in confronto di quella di coloro che sono prossimi all' infanzia o alla pubertà (*a*). Quindi dicemmo che il tutore esercita sull' infante una forza coattiva , e un IMPERIO sopra coloro che son prossimi all' infanzia o alla pubertà (§. 203*).

§. 248. L'infante dunque non fa nulla, il tutore fa tutto per lui (*L.* 1 , §. 2 , *D. de admin. tutor. L.* 9, *d. de adq. hered.*); ma oltrepassato l' infanzia agisce da sè , qualora il tutore lo voglia , sempre però colla sua autorizzazione *D. L.* 9 , *D. de acquir. hered.* §. 9 , *Inst. de inutil. stipul. L.* 3 , *C. de acquir. posses.*), perchè supplisce in certa maniera a ciò che manca alla persona del pupillo per l' inesperienza dell' età (*L.* 32, §. 2 , *D. de acquir. vel amitt. possess.*). Sembrava quindi agli antichi che la voce *autorizzazione* fosse derivata da *augendo* aggiungere (CHARIS. *Grammat. lib.* 1.)

§. 249. Poichè L'AUTORIZZAZIONE è un *atto legittimo* (*b*) (§.70), *col quale il tutore approva solennemente tutto ciò che fa il pupillo al di sopra dell' infanzia* (§. 248), *e che potrebbe deteriorare la sua condizione, onde supplire a ciò che manca alla sua persona* (§. 248).

§. 250. Essendo dunque l' autorizzazione *un atto legittimo* (§. 249), 1.° debbasi interporre all' istante in cui il pupillo tratta l' affare (*c*); 2.° dal tutore presente ; 3.° che non sia più valida,

(*a*) Nel nostro dritto , l' *infanzia* estendesi sino al settimo anno compiuto, *L.* 14 , *D. de spons. L.* 18, *c. de jur. delib. L.* 1, §. 2 , *D. de administr. tut.* Al di là di sette anni sino a dieci e mezzo per gli uomini , e nove e mezzo per le donne , si è prossimo all' *infanzia* ; allorchè si sono oltrepassati gli anni dieci o nove e mezzo, si è *vicino alla pubertà.*

(*b*) Gli altri autori non sogliono fare una siffatta distinzione. Ma siccome nella *L.* 77 , *D. de reg. jur.* tutti gli atti civili non vengono enumerati (§. 70*), e che nell'autorizzazione del tutore rinviensi tutto ciò che richiedesi per un atto legittimo, non veggo la ragione perchè la stessa non debba annoverarsi fra' medesimi.

(*c*) Pare che oppongasi la *L.* 23 , *D. de adquir. hered.* ove sta detto , che l' ordine dee precedere l' affare, e l' autorizzazione esser interposta tostochè si è compiuto. GIACOMO GOTOFREDO *sulla L.*29, *D. de reg. jur.* pretende che debba leggersi *provecto negotio* cioè *affare incamminato.* Ma qui non è uopo di correzione. Imperocchè questa legge non dice che il tutore interponga la sua autorizzazione, dopo lungo tempo che l'affare si è conchiuso, ma *dopo terminato*, cioè subito che si sono adempiute le formalità richieste pel perfezionamento dell' atto. Così, a cagion di esempio, in una stipulazione il pupillo interrogato congruamente rispondeva : questo atto essendo perfezionato per siffatto modo il tutore presente dava tosto la sua approvazione. Quindi gli antichi giudiziosamente agitavano la quistione

presente ; *nec* 3. *quidquam valebat post tempus* , *vel* 4. *per epistolam* , *vel per nuntium interposita* , §. 2 Inst. h. t. L. 9 §. 5 D. eod. ; 5. *Interponi eam etiam oportebat pure* , *non sub conditione* , L. 8 D. h. t.

§. 251. *Auctoritas tutoris necessaria est* ; *quoties pupillus quid gerit* , *quo deterior posset fieri eius conditio* (§ 249). *Ex quo fluit axioma iuris potissimum* : meliorem facere conditionem pupillo licet, etiam sine tutoris auctoritate ; deteriorem non aliter, quam auctore tutore, pr. Inst. L. 9 pr. D. h. t. L. 28. pr. D. de pact. L. 11 D. de adquir. rer. dom.

§. 252. *Ex quo consequitur* : 1. *ut pupillus sine tutoris auctoritate sibi stipulari* , (L. 9. pr. D. h. t.) *donationem vel remissionem acceptare* (L. 2 de accept.) , *immo ex quocumque titulo lucrativo adquirere* (L. 11 D. de adquir. rer. dom.), *non autem promittere* , *donare* , *remittere* , *tradere* , *alienare possit* (*a*) : 2. *Ut contractus cum pupillo, inscio tutore* , *initi non obligent pupillum* , *sed hic tamen ex iisdem alios habeat obligatos* , L. 13 §. 29 D. de act. empt. pr. Inst. h. t. *Unde et claudicare hi contractus dicuntur a doctoribus.*

§. 253. *Ex eodem principio recte colligitur* 3. *pupillum sine auctoritate tutoris hereditatem adire non posse* , *quamvis lucrosa sit* , L. 9 §. 3 D. h. t. §. 1 Inst. h. t. iunct. Paraph. *THEOPHILI. Idque partim* , *quia hereditas se creditoribus et legatariis obligat*, L. 8, pr. D. de adquir. her. *pupillus autem ex facto suo* , *sine tutoris auctoritate civiliter obligari nequit* (§. 252, 1) L. 46, D. de obl. et act., *partim, quia olim aditio hereditatis ob cretionem cum ea coniunctam erat actus sollemnis. Vid.* Antiq. Rom. l. 2 tit. 17 seq. §. 15 seq. *Ad ea vero* , *quae solemnitatem iuris desiderant* , *explicanda*, *tutore auctore opus erat* L. 19 D. de auct. tut.

§. 254. *Denique quia tutor* , *auctoritate interposita* , *pupil-*

---

tutela olim perpetuo vivebat (§. 202), *per epistolam manumitteret servum absentem* (§ 201), *utrum a tutore auctoritas interponenda sit*, *postquam mulier scripserit epistolam* , *an postquam eam acceperit servus ? Dubium enim videbatur* , *scriptane epistola* , *an postquam servus dominae voluntatem cognoverit* , *actus perfectus sit*, *et* libertas peragatur (ἀπαρτίζεται.) *Vid.* Fragm. e vet. ICto , §. 15 *apud SCHULTING.* Iurispr. ant. p. 807 , et *add.* L. 38 pr. D. de adquir. vel amitt. poss.

(*i*) *Nisi pupillus factus locupletior* , *aut ex re nascatur obligatio. Utroque enim casu et civiliter eum obligari aequissimum est.* L. 1 pr. L. 5 §. 1 D. h. t. L. 46. D. de oblig. et act. L. 13 §. 1. D. de condict. indeb.

elasso un certo tempo; 4.° o per via di lettera, o con un espresso (§. 2, *Inst. h. t.* *L.* 9, §. 5, *D. eod.*); 5.° che bisogna interporla puramente e non sotto condizione (*L.* 8, *D. h. t.*)

§. 251. È necessaria l' autorizzazione del tutore quante volte il pupillo fa qualche cosa, che possa deteriorare la sua condizione (§. 249); dal che ne deriva il notissimo assioma di dritto: *È permesso al pupillo vantaggiare la sua condizione anche senza l' autorizzazione del tutore; ma non può peggiorarla senza una siffatta autorizzazione* (*pr. Inst.* *L.* 9, *pr. D. h. t.* *L.* 28, *pr. D. de pact.* *L.* 11, *D. de acquirer. domin.*).

§. 252. Dal che ne segue: 1.° che il pupillo senza autorizzazione del tutore può stipulare per suo prò (*L.* 9, *pr. D. h. t.*), accettare una donazione o remissione (*L.* 2, *D. de acceptis.*), anzi acquistare per qualunque titolo lucrativo (*L.* 11, *D. de acquir. rer. domin.*), ma non gli è permesso promettere, donare, far quietanza, rilasciare, alienare (*a*); 2.° che i contratti fatti col pupillo all' insaputa del tutore non l' obbligano, benchè obbligano gli altri riguardo a lui *L.* 13, §. 29, *D. de act. empt. pr. Inst. h. t.*). Quindi siffatti contratti diconsi da' dottori claudicanti.

§. 253. Dallo stesso principio giustamente conchiudasi 3.° che un pupillo senza l' autorizzazione del suo tutore non possa accettare una eredità benchè lucrosa (*L.* 9, §. 3, *Inst. h. t.* juncta *paraph. THEOPILI*). La ragione da una parte è che coll' accettare l'eredità si resta obbligato verso i creditori e legatorii (*L.* 8, *pr. D. de acquirir. hered.*), e che il pupillo non può senza l' autorizzazione del tutore essere obbligato civilmente (§. 252, 1.°) (*L.* 46, *D. de oblig. et act.*); dall' altra parte perchè l' accettazione dell' eredità anticamente, a cagion del tempo stabilito dalla legge a poter deliberare, era un atto solenne (*Antiqu. Roman. lib.* 2, *tit.* 17 *e seq.* §. 15 *e seq.*). Or le cose che richieggono la solennità del dritto, esigono altresì l'autorizzazione del tutore (§. 70) (*L.* 19, *D. de auct. tut.*)

§. 254. Finalmente, poichè il tutore, in vigore della sua au-

---

se una donna che viveva sotto tutela perpetua (§. 202) manomettesse il suo servo assente per lettera (§. 101), l' autorizzazione del tutore dovevasi interporre dopo che la donna avesse scritta la lettera, o dopo che il servo l' avesse ricevuta? Avvegnachè sembrava dubbio se l' atto fosse prefetto e produttivo della libertà dopo che la lettera era stata scritta, o pure se tale lo era dopo che il servo avesse conosciuto la volontà della sua padrona. Veggasi *Fragm. e vet. jurisconsulto* §. 18, presso SCHULTING. *jurispr. antejust.* p. 807; aggiungete la *L.* 38, *pr. D. de adquir. vel amitt. poss.*

(*a*) Eccetto che il pupillo in siffatto affare non ne riporti guadagno, o che l' obbligazione non nasca dalla cosa; perchè ne' due casi è giusto che resti civilmente obbligato *L.* 1, *pr.* *L.* 5, §. 1, *D. h. t.* *L.* 46, *D. de obl. et act.* *L.* 13, §. 1, *D. de condict. indeb.*

li iudicium supplet (§. 249) , *adeoque pupillus et tutor veluti pro una persona agente habentur , expediti iuris est axioma* : tutor auctor fieri in rem suam non potest , §. 3 Inst. h. t. L. 1 pr. L. 7 pr. et §. 2 D. h. t.

§. 255. *Ex quo infertur* : 1. *tutorem emere non posse res pupilli* , L. 34 §. 7 D de contr. empt. *nisi palam et bona fide, veluti auctione publica* , L. 5 C. eod. ; 2. *Si lis intercedat inter tutorem et pupillum, dandum huic esse curatorem in litem* (*a*), §. 3 Inst. h. t. *non* , *uti olim* , *tutorem praetorium*, *ULPIAN.* Frag. tit. 11 §. 24.

§. 256. *Ceterum hodie nec actus legitimus est auctoritas tutoris* , *adeoque doctrinae* (§. 250.) *expositae* , *fere extra usum sunt* : *nec iam amplius observatur discrimen inter pupillum, infantem* , *et maiorem infantia* (§. 248). *Plerumque enim tutores* , *immo et curatores* , *res maioris momenti ipsi expediunt, et raro interesse patiuntur pupillum vel minorem* , *nisi fere maiorennitati sit proximus* (*Conf.* Elem. iur. Germ. L. I. tit. 16 §. 375).

TITULUS XXII.

Quibus modis tutela finitur.

§. 257. *Tutela ideo inventa est*, *ut defendantur ii* , *qui per aetatem suam sponte se defendere nequeunt* (§. 203). *Ea ergo cessante caussa* , *et tutelam finiri aequum est.*

§. 258. *Finitur itaque* 1. *MORTE tum tutoris* , *quia mortuus vivum defendere nequit* ; *tum pupilli* , *cui extincto* , *defentione non opus est*, §. 3, Inst. h. t. L. 4, D. de tut. et rat. distr. *Unde nec tutela ad heredes transit* , *nisi legitima* , *quamvis et in hanc non tanquam heredes* , *sed tanquam proximi agnati* , *succedant tutoris* , *qui obiit* , *et pupilli propinqui* , L. 16, §. 1, D. de tut. L. 46 D. famil. ercisc.

§. 259. *Finitur* 2. *CAPITIS DEMINUTIONE* , *et quidem pupilli quacumque* , *tutoris tantum maxima et media* (*b*), §. 1, 3, 4, Inst. h. t. L. 14 pr. §. 1 2 D. de tut.

(*a*) *Quod tamen raro hodie continget* , *quum nec creditor* , *nec debitor pupilli*, *eiusdem tutelam suscipere possit* , Nov. 72, c. 1 2 4 Nov. 94 praef. *Si tamen lis superveniat* , *curator adiungitur* , Nov. 72 c. 1 2.

(*b*) *Pupillo capitis deminutionem quamcumque passo* , *tutela finitur. Nam sive maximam* , *sive mediam* , *sive minimam patitur* , *non est caput liberum* (§. 207). *Tutor autem capite minutus* , *tutor esse desinit, si vel libertatem vel civitatem amisit* , *quia tutela est* munus publicum , *quod servus* , *vel peregrinus obire nequit* (§. 205. 2). *Capitis deminu-*

torizzazione, supplisce all' inespertenza del pupillo (§. 249), e per ciò entrambi nell' atto non rappresentano che una sola persona, è assioma inconcusso di dritto che: *il tutore non può autorizzare trattandosi di cose proprie* (§ 3, *Inst. h. t. L.* 1, *pr. L.* 7, *pr. et* §. 2, *D. h. t.* §. 3, *Inst. h. t.*).

§. 255. Dal che deducesi: 1.° che il tutore non possa comprare le cose appartenenti al pupillo (*L.* 3 *et* 4, §. 7, *D. de contr. empt.*), eccetto che non si faccia di buona fede al pubblico incanto (*L.* 5, *Cod. eod.*); 2.° che se insorga litigio tra 'l tutore ed il pupillo fa uopo destinare a questo un curatore per la causa (*a*) (§. 3, *Inst. h. t.*), e non un tutore pretorio come anticamente praticavasi (ULP. *Fragm. tit.* 11, §. 24.).

§. 256. Del rimanente, l' autorizzazione del tutore al presente non è un atto legittimo, e per conseguenza l' esposte dottrine (§. 250) sono quasi in disuso: nè fassi più differenza alcuna tra 'l pupillo infante e il maggiore dell' infanzia (§. 248). Avvegnachè per lo più i tutori e anche i curatori trattano da loro stessi gli affari d' importanza, e di rado permettono al pupillo o minore di mischiarsene, eccetto che non siano prossimi alla maggiore età (*L.* 1, *tit.* 16, §. 385.

TITOLO XXII.

In quali modi finisce la tutela.

§. 257. La tutela è stata immaginata per difendere coloro che non lo possono fare da sè stessi a cagione della debolezza dell'età (§.203). Col cessare di una siffatta causa termina la tutela.

§. 258. Finisce la tutela dunque 1.° colla *morte del tutore*, perchè il morto non può difendere il vivo; o con quella del *pupillo*, perchè l'estinto non ha bisogno di essere difeso (§. 3, *Inst. h. t. L.* 4, *D. de tut. et rat. distr.*). Quindi la tutela non passa agli eredi, poichè non come eredi, ma quali agnati più prossimi succedono alla tutela legittima i parenti del tutore morto e del pupillo (*L.* 16, §. 1, *D. de tut. L.* 46, *D. fam. ercisc*).

§. 259. Finisce 2.° col CANGIAMENTO DI STATO QUALUNQUE pel pupillo, col *grande e media* pel tutore (*b*) (§. 1 e 4), *Inst. h. t. L.* 14 *pr.* §. 1, e 2, *D. de tut.*

(*a*) Il che al presente succede molto di rado, poichè nè il creditore, nè il debitore del pupillo possono accettare la di lui tutela. *Nov.* 72, *cap.* 1, 2, 4 *Nov.* 94, *pr. praef.* Se accade intanto un litigio nominasi un curatore *Nov.* 72, *c.* 1,2.

(*b*) La tutela finisce pel pupillo che ha sofferto un cangiamento qualunque di stato; avvegnachè sia che soffra la massima, o la media, o la minima, non è più capo libero (§. 207). Il tutore cessa dalla sua carica soltanto colla massima e media, cioè colla perdita della libertà o della cittadinanza, perchè la tutela è una carica pubblica, che nè il servo, nè il forestiere può esercitare (§. 205, 2). Ma col minimo can-

§. 260. *Finitur* 3. *PUBERTATE*, *de qua quum lis esset inter Proculeianos et Cassianos, hique eam ex corporis habitu, illi ex annis aestimarent; Priscus vero utrumque indicium pubertatis coniungendum putaret*, *ULPIAN.* Fragm. tit. 2, §. 28. *Iustinianus Proculeianorum sententiam probavit, et masculorum pubertatem expleto anno XIV, puellarum anno XII finivit* (a), L. fin. C. quando tut. esse desin. pr. Inst. h. t.

§. 261. *Porro quum tutor testamento et pure, et sub certa conditione, et in diem dari possit* (§. 213, 5.), *consequens est, ut* 4 *VENIENTE DIE*, *vel EXISTENTE CONDITIONE, haec testamentaria tutela finiatur*, §. 2 et 5. Inst. h. t. L. 14, §. 3 et 5, D. de tut.

§. 262. *Denique et* 5. *EXCUSATIONE*, *e* 6. *REMOTIONE tutelam finiri ait Imperator*, §. ult. Inst. h. t., *de quibus tit.* 25 *et* 26 *erit dicendi locus.*

§. 263. *Iam id addimus, quia tutor primario quidem personae, secundario tamen etiam rei datur* (§. 207 *) *eumdem, tanquam rei alienae administratorem, finita tutela, teneri ad rationes reddendas*, §. 7, Inst. de Atilian. tut. *Qui non reddit*, *TUTELAE* iudicio, *qui improbe compositas reddidit, et aliquid subtraxit*, actione *DE RATIONIBUS DISTRAHENDIS*, *quae in duplum datur, in ordinem cogitur*, tit. D. de tutel. et rat. distrah. *De actione tutelae, vide infra* Lib. 3, tit. 28, §. 976. seq.

§. 264. *Ceterum hodie pubertate vix quidquam mutatur circa tutelam. Plerumque enim tutores qui fuerunt, eodem fere iure minores regunt usque ad maiorennitatem. Cuius rei rationem explicabimus titulo insequente* (§. 278). *Rationes reddendae quotannis, et hinc quovis tempore, quando in mora est tutor, ad eas reddendas adigi potest, non tam a pupillo iudicio tutelae, quam a iudice tutelari, vel ex officio, vel ad implorationem cognatorum* (*Conf.* Elem. iur. Germ. Lib. 1. tit. 16, §. 387.)

---

tione minima tutoris, tutela in se non finitur, quia et filiusfamilias tutor esse potest (§. 205, 1), *finiebatur tamen olim tutela legitima, quia minima capitis deminutio iura agnationis tollit* (§. 222). *Quum vero hodie agnatorum et cognatorum discrimen*, Nov. 118. c. 4 *sublatum sit, et cognati non minus, quam agnati, ad tutelam legitimam vocentur* (§. 221), *cognationis autem iura minima capitis deminutione non perimantur* §. 222: *hodie capitis deminutione tutoris minima tutela non amplius finitur.*

(a) *Quamvis vero pubertate pupilli ipso iure finiatur tutela, rerum tamen suarum administrationem, ex constitutione divi Marci, non recipiunt adolescentes, nisi constitutis curatoribus. Et ita intelligendae*, L. 33, §. 1, D. de administr. et peric. tut. et L. 5 § 5, D. eod, *immo et* L. 28, §. 1, L. 31, D. eod.

§. 260. Finisce 4.° colla PUBERTA': e siccome su tal punto eravi divergenza tra i Proculejani ed i Cassiani, perchè questi la risguardavano per lo sviluppo del corpo, quelli per gli anni; mentre che Prisco credeva che era uopo riunire questi due indizi (ULP. *Fragm. tit.* 2 §. 28). Giustiniano approvò il sentimento de' Proculeiani e fissò la pubertà de' maschi all' anno quattordicesimo, e quella delle donne a dodici compiuti (*a*) (*L. fin. C. quando tut. esse desin. Pr. Inst. h. t.*)

§. 261. Poichè il tutore con testamento si può destinare puramente, e sotto certa condizione, e fino a un tempo determinato (§. 213, 5.°) ne segue 4.° che SCADUTO IL GIORNO e VERIFICATA LA CONDIZIONE cessa la tutela testamentaria (§. 2 e 5, *Inst. h. t. L.* 14 §. 3 e 5 *D. de tut.*)

§. 262. Finalmente la tutela, dice Giustiniano, cessa 5.° colla *scusa*, e 6.°, colla *rimozione* del tutore sospetto (§. *ult. Inst. h. t.*), di ciò si parlerà ne' titoli 25 e 26.

§. 263. Aggiungiamo che il tutore dandosi principalmente alla persona, e secondariamente anche alla cosa (§. 207*), così come amministratore della cosa altrui, è tenuto a render conto, finita la tutela (§. 7, *Inst. de Atil. tutor*). Qualora non si dànno, si viene astretto coll' AZIONE DELLA TUTELA; allorchè dassi un conto fraudolento, e che occultasi qualche cosa, avrà luogo l'AZIONE DI MALVERSAZIONE, la quale davasi al doppio (*Tit. D. de tut. et rat. distr.*). In quanto all' azione della tutela vedete più in sotto (*L.* 3, *tit.* 28, §. 976 *seq.*).

§. 264. Del rimanente, al presente la pubertà non cambia in nulla la tutela; imperocchè i tutori continuano colle medesime attribuzioni a governare i minori fino all' età maggiore, di cui darem ragione nel titolo seguente (§. 278). Ogni anno deesi dare il conto dal tutore, e in qualunque tempo, allorchè è moroso può essere astretto a renderlo, non solo dal pupillo mercè l' azione di tutela, ma altresì dal giudice tutelare, sia di officio, sia a richiesta de' parenti. (Veggansi gli Elementi del dritto germanico, *lib.* 1, *tit.* 16, §. 387.

---

giamento di stato del tutore la tutela non cessa, perchè un figlio di famiglia può essere tutore (§. 205, 1.°); nondimeno anticamente finiva la tutela legittima col minimo cambiamento di stato, poichè in tal guisa estinguevansi i dritti di agnazione (§. 222). Ma siccome oggi giorno la differenza degli agnati è tolta, Nov. 118 c. 4, e che i cognati del pari che gli agnati, sono chiamati alla tutela legittima (§. 221), e siccome i dritti di cognazione non sono distrutti col piccolo cangiamento di stato (§.222), così collo stesso non finisce la tutela.

(*a*) Benchè la tutela finisca di pieno dritto colla pubertà, intanto gli adulti secondo la costituzione di Marco Aurelio, non ricevevano l' amministrazione de' loro beni, se non in quanto che se li destinava un curatore. In questo senso bisogna interpetrare la *L.* 33, §. 1 *D. de administr. et per. tut. et L.* 5, §. 5, *D.*, ed altresì la *L.* 28, §. 1, *L.* 31, *D. eod.*

TITULUS XXIII.

De Curatoribus.

§. 265. *Curator et procurator promiscue fere accipiuntur*, *uti ex* L., §. C. si tut. vel curat interv. *patet*, *pluribusque exemplis demonstratum est a BYNKERSHOEK* Obs. lib. 2 cap. 20

§. 266. *Ergo uti procuratio*, *ita CURATIO nihil aliud est quam* potestas administrandi bona, et rem familiarem eorum, qui rebus suis ipsi superesse nequeunt L. 20, D. de rit. nupt. et L. 8, C. eod.

§. 267. *Ex quo fluit axioma*: curator primario rebus, personae tantum per consequentiam datur, §. 2, Inst. h. t. L. 20, D. L. 8, C. de nupt. L. 12 §, pen. D. de admin. tutor. *Et inde consequitur*: 1 *ut curatores non*, *uti tutores*, auctoritatem *interponant*, *quia in minorum persona defectus non est*, *qui supplendus sit* (§. 248); *sed tantum* consensum *iis*, *aliquid acturis*, *impertiantur*; 2. *Ut et tutorem habenti dari possit curator*, §. 5, Inst. h. t.

§. 268. *Quumque curatores dentur puberibus*, *qui rebus suis ipsi superesse nequeunt* (§. 266), *sequitur ut curatores accipiant* 1 *FURIOSI*, *de quibus iam legibus XII tabularum cautum fuerat*, *ut agnatis*, *gentilibusque in eorum pecuniam et facultates potestas esset* (*d*) *CIC*. Tusc. quaest. lib. 3, cap. 11 de invent. Lib. 2, cap. 50 §. 3, Inst. h. t.

§. 269. *Quumque a furiosis parum discrepent* 2. *PRODIGI*, *quippe furiosum facturi rerum suarum exitum*, L. 12, §. 2, D. de tut. dat.; *et hi exemplo furiosorum in curatione propinquorum sunt*, *simul ac a praetore illis bonis est interdictum*. *HORAT*. Serm. lib. 1, Sat. 3 *PAULL*. Sent. rec. lib. 3, tit. 4, §. 7, L. 10, pr. L. 15, pr. D. de curat. fur. L. 6, D. de verb. obl.

§. 270. *Quandoquidem ergo soli furiosi et prodigi iure vetustissimo XII tabularum curatores accipiebant*; *ignominiosum quodammodo videbatur homini ingenuo sanae mentis obtrudi curatorem*, *eique liberam rerum suarum administrationem et alienationem non permitti*, L. 2, D. si a par. quis manum.

§. 271. *Primum ergo ex lege Laetoria ADOLESCENTIBUS* (*non tantum lascivis et dementibus*, *uti ex male intellecto loco IULII CAPITOLINI* vit. M. Anton. c. 10, *vulgo*

(*d*) *Quamvis vero id eatenus mutatum sit iure novo*, *ut magistratus furiosis curatores*, *caussa cognita*, *constituant*, L. 6 et 13 D. de curat. furios.; *tamen non facile is praeteribit propinguos*, *si qui eorum habiles sint*, L. 13, D. L. 5, C. eod.

TITOLO XXIII.

De' curatori.

§. 265. *Curatore* e proccuratore dinotano quasi lo stesso, come si rileva dalla *L.* 1, *Cod. si tut. vel curat.* e come con molti esempi l'ha dimostrato BYNKERSHOEK (*Obs. lib.* 2 *cap.* 20.

§. 266. Quindi la procura, del pari che la CURATELA altro non sono che la *potestà di amministrare i beni e il patrimonio di coloro che non possono da loro stesso badare a'loro affari* (*L.* 20, *D. de rit. nupt. e L.* 8, *Cod. eod.*).

§. 267. Da ciò l'assioma : *Il curatore destinasi primariamente alle cose, secondariamente alla persona* (§. 2, *Inst. h. t. L.* 20 *D. L.* 8, *C. de nupt. L.* 12, § *pen. D. de admin. tutor.*). Ne risulta quindi 1.° che i curatori non interpongono la loro autorizzazione, come i tutori, perchè nulla mancandovi alla persona del minore, non vi è nulla a supplire (2. 248) ; ma prestano soltanto il consenso a ciò che fanno i minori ; 2.° che si possa dare un curatore a chi ha già il tutore (2,5, *Inst. h. t.*).

§. 268. Siccome i curatori si dànno a' puberi incapaci di amministrare i propri beni (§. 266), ne risulta che gli stessi destinansi a' furiosi, risguardo a' quali le leggi delle XII Tavole aveano sancito, che i loro beni, il loro patrimonio sarebbero sotto la potestà de'loro agnati e gentili (a) CIC. *Tuscul. quaest. lib.* 3 *cap.* 11, *de invent. lib.* 2, *cap.* 50, § 3, *Inst. h. t.*).

§. 269. Siccome non differiscono gran fatto da'furiosi i *prodighi*, che sciupano pazzamente il loro patrimonio (*L.* 12 §. 2, *D. de tut. dat.*), così 2. ad esempio degli stessi sono sotto la curatela de' parenti, all' istante che il pretore li abbia interdetti HORAT. *Serm. lib.* 1, *sat.* 3. PAULL. *Recept. sentent. lib.*3, *tit.* 4, §. 7, *L.* 10, *pr. L.* 15, *pr. D. de curat. furios. L.* 6, *de verb. oblig*)

§. 270 Poichè i soli furiosi ed i prodighi, per l' antica legge delle XII Tavole ricevevano la curatela, sembrava in certa guisa ignominioso il dare un curatore ad un uomo ingenuo e sano di mente, ed inibirgli l' amministraziono e l' alienazione de' propri beni (*L.* 2, *D. si a parent. quis manumis.*

§. 271. Sul principio intanto, per la legge Letoria cominciaronsi a destinare i curatori, previa cognizione di causa, a tutti gli *adolescenti*, e non soltanto a'debosciati e dementi come pretendesi dietro un passo di GIULIO CAPITOLINO (*Vit. Marc. Anton.*

(a) Benchè col nuovo dritto ciò abbia subito tale cangiamento, che i magistrati, previa cognizion di causa, destinino a'furiosi un curatore, *L.* 6, e. 13, *D. de curat. furios.*; nondimeno facilmente si preferiscono i parenti, se sono atti alla curatela, *L.* 13, *D. L.* 5, *C. eod.*

colligunt (e)), sed omnibus, qui petebant, curatores dari coeperunt caussa cognita. Invito enim adolescenti curatorem dari non posse, *expediti iuris videbatur, partim ob rationem* (§. 270) *redditam*, §. 2, Inst. h. t., *partim quod curator procuratoris loco est* (§. 265), *procurator autem nisi volente domino fieri nemo potest*, Leg. 1, D. de procur. *Tandem M. Aurelius Antoninus Imp. omnibus adolescentibus, etiam caussa non cognita, curatores dari iussit*, *IUL. CAPIT.* ibid.

§. 272. *Ab eo ergo tempore salvum fuit vetus principium*, curatorem adolescentes non accipere invitos, §. 2, Inst. de curat., *sed desiderantes*, L. 13, §. 2, D. de tut. et cur. dat, *et consentientes*, L. 2, §. penult. et ult. D. qui pet. tut. et curat. *Attamen quia tutoris administratio non prius finitur, quam constituto curatoris* (§. 260 *), *petere iam adolescentes tenentur omnes*; *adeoque verum est, omnes post hanc Antonini constitutionem curatorum auxilio regi, nec eis rerum suarum administrationem committi, quamvis bene rem gerentibus* (a), L. 1, §. ult. D. de minor.

§. 273. *Curatio vel LEGITIMA est, vel DATIVA.* Legitima *est furiosorum et prodigorum* (§. 268, 269); dativa *minorum, aliorumque, qui vel ob corporis vitium, vel ob absen-*

(e) *Locus IULII CAPITOLINI talis est*: De curatoribus vero, quum ante non nisi ex lege Laetoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis caussis. *Inde plerique colligunt, ex lege Laetoria tantum lascivis et dementibus adolescentulis datos esse curatores. Sed sensus alius est. Ait enim auctor, ante M. Antonini tempora triplicem fuisse curationem, unam* minorum, *ex lege Laetoria, alteram* prodigorum, *quos ipse lascivos vocat, tertiam* furiosorum, *qui illi sunt* dementes. *Quum vero lege Laetoria non satis prospectum videretur minoribus, quod tantum petentibus curatores dari iusserit caussa cognita: M. Antoninum cavisse primum, 1 ut omnes adolescentes curatores acciperent: quum ex lege Laetoria tantum quidam, qui peterent, accipere solerent. 2. Ut ii curatores darentur caussis etiam non redditis, quum ex lege Laetoria, si minorennis curatorem peteret, prius inquirendum esset, an honesta caussa subsit? Num forte ob aes alienum contrahendum curator petatur? etc.* (*Conf.* Ant. Rom. h. t.

(a) *Unde non est, quod RAEVARDUS* Varior. lib. 1, c. 12, *inadvertentiae accuset Tribonianum, quasi ius suorum temporum ignorans, adolescentibus invitis curatores dari negaverit. Omnino enim curatores non invitis dabantur etiam post Antonini tempora, sed petentibus. Verum Antoninus rationem invenerat, qua adolescentes omnes adigerentur, ut peterent, quia nimirum alias rerum suarum administrationem a tutore non recipiebant* (§. 260 *).

cap. 10) malamente interpretato (*a*), ma a tutti quelli che lo domandavano. Imperocchè sembrava di dritto inconcusso che: *non potevasi destinare un curatore ad uno adolescente suo malgrado*, sì per la ragione data al §. 270 (§. 2, *Inst. h. t.*), sì perchè il curatore è un proccuratore (§. 265) e che in tal qualità non può amministrare senza il consenso del padrone (*L.* 1 *D. de proc.*) Finalmente l' imperadore Marco-Aurelio Antonino volle che si destinassero de'curatori a tutti i minori, anche senza cognizion di causa (GIU. CAPITOL. ivi.).

§. 272. Fin da quell' epoca dunque restò saldo l'antico principio: *che i minori non possono loro malgrado aver curatori* (§. 2, *Inst. de curat.*), ma chiedendoli (*L.* 13, §. 2, *D. de tut. et cur. dat.*) e acconsentendovi (*L.* 2, §. *penult. et ult. D. qui pet. tut. e cur.*). Intanto perchè l' amministrazione del tutore non finisce se non quando viene nominato il curatore (§. 260*), così tutti gli adolescenti son tenuti a chiederlo; e perciò è vero che dietro questa costituzione di Antonino sono tutti sottomessi alla curatela, e che non se li affidi l' amministrazione de' loro beni, benchè sapessero ottimamente regolarla (*b*). (*L.* 1, §. *ult.*, *D. de minor.*).

§. 273. La curatela è o LEGITTIMA o DATIVA. La *legittima* è quella de' furiosi o de' prodighi (268, 269); la *dativa*, quella de' minori o degli altri che, sia per cagion di un

(*a*) Ecco il passo il Giulio Capitolino: *In quanto a' curatori, siccome prima non venivano destinati che in virtù della legge Letoria o per prodigalità, o per demenza, l' imperator Marco Aurelio prescrisse che tutti gli adulti avessero un curatore, senza entrare in cognizion di causa.* Da siffatto passo molti ne deducono che per la legge Letoria, non destinavansi de'curatori che soltanto a'prodighi e dementi. Ma il senso è tutt'altro. Imperocchè l' autore dice che prima dell' epoca di Marco Antonino la curatela era di tre specie: una de' *minori* secondo la legge Letoria: un'altra pe' *prodighi*, che appella *debosciati*; una terza pe' *furiosi* che vengono detti *dementi*. E siccome sembrava che la legge Letoria non avesse abbastanza provveduto agl' interessi de' minori, coll' aver prescritto che si destinassero i curatori soltanto a chi li avesse richiesti, così Marco Antonino il primo decise, 1.° che tutti gli adolescenti avessero un curatore, mentre che per la legge Letoria non si destinava, se non a coloro che il richiedevano; 2.° che il curatore sarebbe destinato anche senza cognizion di causa, mentre per la legge Letoria, se il minore domandava il curatore, bisognava esaminare se la richiesta era poggiata a giusto motivo. Forse chiedevasi il curatore per contrar debiti? ec. Veggansi le *Antichità romane.*

(*b*) Non trovo quindi la ragione perchè REVARDO, *lib.* 1. *Var. cap.* 12, accusi d' inavvertenza Triboniano per avere quasi ignorato il dritto del suo tempo negando che si potessero destinare i curatori agli adolescenti loro malgrado. Imperocchè è certo che anche dopo i tempi di Antonino non se li davano i curatori loro malgrado, ma chiedendoli. Antonino nondimeno avea trovato il mezzo mercè del quale tutti gli adolescenti chiedessero il curatore, perchè altrimenti il tutore non li rimetteva l' amministrazione de' loro beni (§. 260.*)

sentiom, rebus suis superesse nequeunt, §. 4, Inst. h. t. L. 65, §. 3, D. ad SC. Trebell. Testamentaria *non datur*, *paterfamilias ex lege XII tabularum legare potest de tutela , non autem de curatione suae rei* (§. 208). *Datus tamen testamento curator confirmatur* (§. 215), §. 1 Inst. hoc tit.

§. 274. Dantur *curatores ab iisdem magistratibus , a quibus tutores*, §. i, Inst. h. t. *Dantur omnes , qui tutores esse possunt , non ipsi , qui tutelam gesserant , si se excusent* , §. 18, Inst. de excus. tut.

§. 275. *Ut tutela pubertate , ita curatio minorum maiorennitate , id est , expleto XXV aetatis anno* (*a*), *terminatur* , L. 1, §. ult. D. de min., *nisi minor veniam aetatis impetraverit*, L. 2, C. de his qui ven. aetat.; *Furiosorum et morbo impeditorum curatio, recepta valetudine*, L. 1, pr. D. de curat. furios. *prodigorum denique, receptis sanis moribus, et sublata a praetore interdictione bonorum , finitur*, L. 1, pr. D. eod.

§. 276. *Quemadmodum vero tutor* actione tutelae directa (§. 265); *ita curator* utili tutelae iudicio , *etiam durante curatione , ad reddendas rationes adigitur*, L. 3, C. arb. tut. L. 16, §. 11, L. 20, D. de tut. et rat. distr. *Quae enim actiones per interpretationem extensivam ob rationem eamdem ad similes casus producuntur , verbis legis , vel edicti non expressos , eae vocari solent UTILES* , §. ult. Inst. de leg. Aquil.

§. 277. *Denique quum curator veluti procurator sit* (§. 265), *procurator vero non nisi a domino constitui possit*, L. 1, D. de procur. : *is quem tutor vel curator , morbo vel alia necessitate coarctatus , suo periculo et ex decreto magistratus ante litis contestationem constituit , non procurator vel curator vocatur , sed his ACTORIS nomine distinguitur* (*b*) §. ult. Inst. h. t.

§. 278. *Apud Germanos gentesque alias origines Germa-*

(*a*) *Invectum id est lege Laetoria.* L. 2, C. Th. de donat. *quae ideo* quinavicennaria *vocatur a PLAUTO* Pseud. act., 1 scen 3 v. 68. *Et videtur Laetorius cum aliis existimasse , saeculum esse terminum vitae humanae longissimum , et hinc primum eius quadrantem iuventuti accensuisse. Acute ita censet GUNDLING.* ad tit. D. de min. XXV. ann. §. 4 et 6.

(*b*) *Sed potest tamen pupillus , infantia maior , qui dominus est , procuratorem , auctore tutore , constituere. Potest et ipse tutor et curator procuratorem constituere in iudicio, dummodo litem sit contestatus* , L. 11, C. de proc. *Rationem , quae ex dominio litis fluit , reddemus infra* , Lib. IV , tit. 10

cattivo stato di salute, sia per assenza, non possono vigilare a' propri affari (§. 4, *Inst. h. t.* *L.* 65, §. 3, *D. ad SC. Trebell.*). Non si dà poi la curatela testamentaria, perchè il padre di famiglia in vigore della legge delle XII Tavole, può disporre della tutela, ma non già della curatela de'suoi beni (§.208). Nondimeno suol restare confermato il curatore assignato con testamento (§. 215) (§. 1. *Inst. h. t.*)

§. 274. Da quò stessi magistrati che vengono destinati i tutori sono egualmente nominati i curatori. Possonsi destinare tutti coloro capaci di essere tutori, e non già quelli che avendo esercitata la tutela l' avessero rassegnata col ricusarsi (§. 18, *Inst. de excusat. tutor.*)

§ 275. Siccome la tutela finisce colla pubertà, così del pari la curatela de' minori termina colla maggiore età, cioè compiti che hanno 25 anni (*a*) (*L.* 1, § *ult. D. de min.*), eccetto che il minore non abbia ottenuto la dispensa di età (*L.* 2, *C. de his qui ven. aetat.*). La curatela de'furiosi e degl' impediti da malattie termina appena che ottiensi la guarigione (*L.* 1, *pr.D. curat. furios.*); quella de' prodighi poi termina col ravvedimento, e allorchè il pretore toglie l'interdizione dell' amministrazione de' beni (*L.* 1, pr. *D. eod.*).

§. 276. Siccome il tutore è tenuto di rendere i conti mercè l'*azione diretta di tutela* (§. 263), del pari il curatore lo è coll'*azione utile di tutela* anche durante le sue funzioni (*L.*3,*C.arb. tut.L.*16, §.11, *L.*20,*D.de tut. et rat. distr.*). Imperocchè diconsi ordinariamente *utili* quelle azioni, che per una interpetrazione estensiva applicansi, per le stesse ragioni a casi simili, non espressi da' termini della legge o dell' editto (§. *ult. Inst. de leg. Aquil.*)

§. 277. Il curatore essendo come un proccuratore (§. 265), e questi non potendo essere costituito che dal padrone (*L*, 1, *D. de procur.*), colui, che il tutore o il curatore astretto da malattia od altro impedimento, stabilisce a propri rischi e con decreto del magistrato prima della contestazione della causa, non chiamasi proccuratore, nè curatore, ma distinguesi col nome di *attore* (*b*) (§. *ult. Inst. h. t.*).

§. 278. Presso i tedeschi ed altri popoli d' origine germa-

(*a*) Ciò è stato introdotto dalla legge Letoria, *L.* 2, *C. Theod. de donat.* la quale per questa ragione fu chiamata *quinavicennaria* da PLAUTO. *Pseud. act.* 1, *scen.* 3, 10. 68. Sembra che Letorio abbia con altri pensato, che cento anni costituissero il più lungo periodo della vita umana, e che per conseguenza il primo quarto fosse il tempo della gioventù. Tale è pure l' opinione di GUNDILIGIO *ad tit. D. de min.* 25, *ann.* §. 4 e 6.

(*b*) Ma il pupillo uscito d' infanzia, perchè già padrone, può costituire un proccuratore coll' autorizzazione del tutore. Possono i tutori e i curatori anch'essi costituire il proccuratore in giudizio, purchè abbiano contestata la lite, *L.* 11, *Cod. de procur.*. Al titolo 10 del 4 libro addurremo la ragione che deriva dal dominio della lite.

nicae, nullum fuit inter tutores et curatores discrimen: sed tutores constituti impuberibus, administrationem olim ad maiorennitatem usque solebant continuare, eadem auctoritate. Et hoc iure hodienum fere utimur. Rem egregie exposuit G. BEYER. Diss. sing. de hodierna tutorum ac curatorum differentia. *Praeterea non ubique expleto demum anno XXV maiorennes censentur iuvenes: sed in Saxonia iis anni XXI; Electorum et Principum quorumdam filiis anni XVIII; alibi adolescentibus anni XX, ad res suas administrandas sufficiunt. Mores diversarum gentium egregie et cum adparatu exposuit JO. PETR. DE LUDEWIG.* in Diss. de aetate legitima puberum et maiorum (*Conf.* Elem. iur. Germ. Lib. I. tit. 16.)

TITULUS XXIV.

De satisdatione Tutorum vel Curatorum.

§. 279. *SATISDATIO vocatur* cautio praestita datis fideiussoribus, Leg. 1. D. qui satisd. cog. *Quamvis enim alioquin haud ignota sit cautio etiam PIGNORATITIA*, L. 1 §. 9 D. de collat. bon. *IURATORIA*, L. 17 *C.* de dign., et Nude Promissoria §. 2 Inst. de satisdat., *satisdatio tamen semper a praetore exigitur, in primis, quando incerta est damni imminentis aestimatio*, L. 7 D. de praet. stiput.

§. 280. *Quum ergo tutores aeque ac curatores res alienas administrent* (§. 263), *et ideo ad rationes reddendas obstricti sint* (§. 263, 276), *aequissimum est, ut utrique satisdent*, rem pupillo vel adolescenti salvam fore, *si vel ulla in eos cadat suspicio*, pr. Inst. h. t. L. 1 e seq. D. rem. pup. salv. fore.

§. 281. *Quumque ii tantum satisdent, in quos suspicio cadit* (§. 280), *consequens est, ut a satisdatione immunes sint*: 1 *tutores testamento dati, quia paterno iudicio electi idonei creduntur* (a); L. 7 §. 5, C. de curat, furios: 2 *a maioribus magistratibus ex inquisitione dati, quia inquisitio pro paterno iudicio est, et pro vinculo cedit cautionis*, L. 13. §. ult. D. de tut. dat. L. 3 §. 4 C. de tut. qui satis non ded. pr. Inst. h. t.

§. 282. *Contra ex hoc principio merito satisdant* 3 *legitimi omnes, praeter patronos patronorumque liberos*, L. 5, §. 1 D. de legit. tut.: 4 *Dati sine inquisitione a magistratibus mi-*

(a) *Unde neque ii, qui non iure a parentibus dati, a magistratu confirmantur, tenentur satisdare, quia pro testamentariis habentur* (§. 215). *Tenentur autem ab extraneo testamento dati, et confirmati post inquisitionem, quia hi pro dativis habentur* (§. 216).

nica, non eravi differenza tra' tutori e curatori: ma i tutori destinati agl' impuberi solevano anticamente continuare l' amministrazione sino alla maggiorità, e colla stessa autorità. Al presente non ci allontaniamo gran fatto dalla prefata consuetudine: Argomento egregiamente esposto da GERARDO BEYER nella *Dissert. sing. de hodierna tutorum ac curatorum differentia.* Inoltre non in tutti i luoghi i giovani di venticinque anni si hanno di età maggiore. In Sassonia si diventa maggiore a ventun'anno. I figli di alcuni elettori e principi lo sono a diciotto. Altrove a venti anni sono atti all' amministrazione. Le consuetudini de' diversi popoli sono state egregiamente e con grande erudizione esposte da GIOVANNI PIETRO DE LUDWIG nella *Dissert. de aetate legitima puberum et majorum.* (Veggansi gli Elementi del dritto germanico *Lib.* 1, *tit.* 16)

TITOLO XXIV.

Della satisdazione de' tutori e dei curatori.

§. 279. Dicesi *satisdazione la cauzione prestata mediante fideiussori* (*L.* 1, *D. qui satisd. cog.*). Poichè sebbeu conosconsi altresì la cauzione PIGNORATIZIA (*L.* 1, §. 9 *D. de collat. bon.*), la GIURATORIA (*L.* 17 *de dign.*) e la *nuda promessa* (§. 2. *Inst. de satisd.*), pur nondimeno la satisdazione sempre richiedesi dal pretore, soprattutto allorchè è incerto il valore di un danno imminente (*L.* 7, *D. de prator. stipul.*).

§. 280. Atteso che i tutori ed i curatori amministrano le altrui sostanze (§. 263), e sono perciò tenuti a render conto (§. 263 e 276), è troppo giusto che sì gli uni che gli altri dieno satisdazione : *che siano per conservare intatta la roba del pupillo o del minore qualora cada su di essi sospetto* (*Pr. Inst. h. t. L.* 1 *e sequ. D. rem. pupil. salvam fore*).

§. 281. E siccome son tenuti a dare cauzione coloro soltanto su'quali cade sospetto (§. 280), ne segue che vengono esentati di darla 1.° i tutori destinati con testamento, perchè scelti dal padre stimansi idonei (*a*) (*L.* 7, §. 5, *C. de curat. furios.*); 2.° quelli che sono stati assegnati da' magistrati superiori dietro informazione, che equivale alla scelta paterna e alla garanzia di una cauzione (*L.* 13, §. *ult. D. de tut. dat.*, *L.* 3 *e* 4, *Cod. de tut. qui satis non ded. Pr. Inst. h. t.*).

§. 282. Per lo contrario, dietro l' enunciato principio, meritamente dànno cauzione 3.° tutt' i tutori legittimi, eccetto i patroni e loro figli (*L.* 5, §. 1, *D. de leg. tut.*); 4.° coloro as-

(*a*) Laonde non son tenuti di dar cauzione nè tampoco coloro che dati irregolarmente da' parenti vengono confermati dal magistrato, perchè risguardansi come testamentari (§. 215). Ma vi son tenuti coloro che sono stati nominati con testamento da un estraneo, e dietro informazione vengono confermati, perchè risguardansi come dativi (§. 216).

moribus. 5. *Tutores testamentarii, legitimi et dativi, qui ex pluribus se administrationi offerunt*, §. 1 Inst. h. t. *Ne enim per plures tutela spargatur, quoties unus sufficit, is praefertur, qui se offert: nullo se offerente, is qui a testatore designatus est: nemine designato, qui a maiore parte tutorum eligitur: nec his denique eligentibus, praetor interponit officium, unumque ex reliquis designat, satisdaturum collegis, tanquam tutoribus honorariis*, L. 3 §. 1 seq. D. de admin. tut.

§. 283. *Ex quo porro inferendum*: 6 *satisdatione exigere magistratus minoris, qui tutores dant sine inquisitione* (§. 281, 2), L. ult. C. de magistr. conv. *Et quum caveatur datis fideiussoribus* (§. 279), *fideiussio vero iure Rom. per stipulationem contrahatur*, L. 8 pr. D. de fideius., *consequens est*: 7, *ut pupillus, qui fari iam coepit, ipse sibi possit stipulari, rem suam salvam fore* (§. 252 1,), *infantis vero loco servus vel proprius, vel pubblicus* (a) *stipuletur*. L. 2 D. rem. pub. salv. for.

§. 284. *Hi dati fideiussores pro tutore tenentur: et contra illos finita tutela actio ex stipulatu datur, si tutor vel conveniri non possit, vel, actione tutulae pulsatus, non sit solvendo*. Tot. tit. de fidejuss. et nom.

§. 285. *Si ne sic quidem rem suam consequitur pupillus; etiam magistratus minor, qui parum idoneos fideiussores admisit, heredesve eius, cuius dolo vel culpa lata id praetermissum fuit, in subsidium possunt conveniri*, L. 1 D. de magistr. conv.

§. 286. *Moribus hodiernis satisdationes alibi indistincte exiguntur; alibi extra usum sunt, quia vel jusjurandum, quod a tutoribus exigitur, vel possessio bonorum immobilium, pupillo tacite oppignaratorum, eum satis securum praestare. creditur. Nec actionis subsidiariae adversus magistratum frequentem adeo usum esse, facile est ad intelligendum.*

(a) *Servus proprius stipulatione sua adquirebat domino* (§. 130, 3) § 2, Inst. de stipul. serv. *Servus vero publicus recte stipulatur pupillo, quia erat in dominio reip. Publico vero nomine et alteri stipulari licebat.* L. 3 D. de praet. stipul. L. 1 §. 4. D. ut legat. (*Conf. IAC. GOTHOFR.* ad L. 73 §. ult. D. de reg. iur. p. 322. (*Dicitur huiusmodi satisdatio facta τῷ ταβυλλαρίῳ* tabulario, *THEOPHIL* in §. 3. Inst. de adopt. *Quam loquutionem accusare explicat AMAYA*, ad L. 3 C. de tab. scrib. logograph.

segnati da magistrati inferiori senza informazione; 5.° i tutori testamentari, legittimi e dativi che nella concorrenza di molti contutori offronsi per amministrare (§. 1, *Inst.h.t.*). Acciò la tutela non venga divisa tra molti, qualora basta un solo tutore, preferiscesi colui che si offre; se poi non si offre alcuno resta colui ch' è stato designato dal testatore; se non è designato alcuno accordasi a colui che viene scelto dalla maggior parte de' tutori; finalmente se questi non ne scelgono alcuno, il pretore *de officio*, ne sceglie uno tra essi, che darà canzione a'colleghi, come tutori onorari (*L.* 3, §. 1, *seq. D. de administr. tutor.*).

§. 283. Dal che fa uopo conchiudere, 6.° che la cauzione richiedesi da'magistrati inferiori, che destinano de'tutori senza informazione (§. 281, 2.°) (*L. ult. Cod. de magistr. conven.*). E siccome la cauzione si dà mediante fideinssori (§. 279), e che per dritto romano la fideiussione contraesi colla stipulazione (*L.* 8, *pr. D. de fidejussor.*), ne segue 7.° che il pupillo che comincia ad agire possa stipulare per sè, che la sua cosa sarà conservata (§. 252, 1.°); e che per l' infante possa stipulare il servo proprio o pubblico (a) (*L.* 2, *D. rem pupil. salvam fore.*).

§. 284. I fideiussori dati per siffatto modo sono tenuti pel tutore; e spirata la tutela ha il pupillo contro di essi l' azione di stipulazione, se il tutore non possa essere convenuto in giudizio, o se astretto dall' azione di tutela è insolvibile (*Tot. tit. D. de fideiussor. et nomin.*)

§. 285. Se il pupillo non può neppure coll' astringere i fideiussori conseguire la sua proprietà, potrà sussidiariamente convenire in giudizio il magistrato inferiore, che si è contentato di fideiussori poco solvibili, non che i suoi eredi, qualora vi si conosca dolo o colpa lata *L.* 1, *D. de magistr. conv.*).

§. 286. Per le attuali consuetudini le cauzioni esigonsi indistintamente in alcuni paesi; in altri sono disusate, perchè o il giuramento ch' esigesi da' tutori, o il possesso de'loro immobili tacitamente ipotecati al pupillo gli dânno sufficiente sicurezza. Facilmente comprendesi che non sia di uso frequente l'azione sussidiaria contro il magistrato.

(a) Il servo proprio stipulando, acquistava pel suo padrone (§.130, 3.°), §. 2, *Inst. de stipul. serv.* Il servo pubblico stipulava valevolmente pel pupillo, perchè era nel dominio della repubblica; e come uomo pubblico poteva stipulare per un altro, *L.* 3, *D. de stipul. praetor. L.* 1, §. 4; *D. ut legator.* Veggasi GIACOMO GOTOFREDO *L.* 73, §. *ult. D. de reg. jur. p.* 322. Siffatta cauzione viene adempita dal notajo (*tôtaboullariô*) al dire di TEOFILO, §. 3, *Inst. de adopt.*; locuzione egregiamente spiegata da AMAYA sulla *L.* 3, *C.de tab. scrip. logograph.*

TITULUS XXV.

De excusatione Tutorum vel Curatorum.

§. 287. *Quum tutela sit munus pubblicum* (§. 204), *eaedem fere caussae , quae a munere publico personali excusant*, *etiam excusant a tutela et curatione* (*a*).

§. 288. *EXCUSATIO in sensu iuridico* (*b*) est exceptio *vel* caussa , ob quam quis munus publicum , adeoque et tutelam, suscipere vel non cogitur , vel prohibetur. *Adeoque excusatio alia VOLUNTARIA , alia NECESSARIA est. Illa opposita prodest ; haec etiam non opposita prohibet. Illa liberat a tutela suscipienda : hac et suscepta finitur. Utraeque ad omnes tutores pertinent, etiam legitimos. ULR. HUBER.* Prael. Inst. h. t. §. 20.

§. 289. *VOLUNTARIAE vel* privilegio *nituntur* , L. 12 C. h. t. *vel ob impotentiam conceduntur* , *vel ob imminens* existimationis periculum *admittuntur. PRIVILEGIO gaudent* : 1 *qui Romae tres , in Italia quatuor, in provinciis quinque liberos naturales et legitimos habent superstites* (*c*) , Leg. 1 §. 2 seq. D. de excus. pr. Inst. h. t. *Qui enim adhuc in ventre sunt ; liberi non magis prosunt , quam adoptivi , illegitimi , et mortui, nisi quod bello amissi in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur* , pr. Inst. h. t. L. 76 D. de condit. et demonstr. L. ult. D. de vacat. et excus. mun.

(*a*) *Aliud de immunitate dicendum: immunitas enim a reliquis muneribus publicis ad tutelam non porrigitur*, L. 17, §. 3 L. 15 §. 12 D. h. t.

(*b*) *Alia ergo notione ICti hoc vocabulum accipiunt , ac grammatici. His* excusare *est allegare caussam , cur onus suscipi non debeat. Illis* excusari *etiam dicuntur , qui non admittuntur* , L. 1 , §. 3, D. de postul. L. 11, D. de decurion. *Ubi non est , quod pro* excusare, *rescribamus* excuriare *cum CUIACIO* , Obs. lib. 26 cap. 38 *Graeci , quum verba* παραιτεῖσθαι ἀπολογεῖσθαι προφασίζεσθαι *huic notioni haud quadrare viderent, vocabulum* ἐξκουσατεύειν *adoptare maluerunt. HARMENOP.* lib. 2. t. 5 §. 6. *et* lib. 1 t. 3 §. 80 , *idumque nomen* ἐξκουσατεῖον. (*Conf. BYNKERSHOEK.* Observ. lib. 4 cap. 11 pag. 385. seq.

(*c*) *Privilegium hoc* πολυπαιδίας *ex lege Papia Poppaea est , anno.* c. 762. (*DION. CASS.* lib. 56 pag. 662.) : *sobolis procreandae caussa lata*, L. 64 §. 1 D. de condit et dem. (*Conf. IAC. GOTHOFR.* de lege Pap. Pop. VIII. p. 285, et Comm. nostr. ad h. t. lib. 3 cap. 9 , *nec non* Hist. *nostr.* iur. civ. lib. 1 §. 166. *)

TITOLO XXV.

Della scusa de' tutori e de' curatori.

§. 287. La tutela essendo una carica pubblica (§.204), que' stessi motivi che esentano dalle cariche pubbliche personali, dispensano altresì dalla tutela (*a*).

§. 288. La SCUSA in senso giuridico (*b*) *è una eccezione o una causa mercè la quale qualcheduno viene esentato od allontanato da una carica pubblica, e per conseguenza dalla tutela.* La scusa dunque è VOLONTARIA o NECESSARIA. La prima opposta, giova; la seconda ancorchè non opposta, allontana dalla carica. La volontaria esenta dalla tutela non per anco accettata; la necessaria finisce ancorchè la tutela sia già incominciata. Entrambe risguardano tutt' i tutori, anche legittimi (HUBER *prae lect. Inst. h. t.* §. 20).

§. 289. Le scuse VOLONTARIE o son fondate sopra un privilegio *L.*12, *Cod. h.t.*); o vengono accordate a causa d'*impotenza*, o sono ammesse per *imminente pericolo di riputazione.* Godono del privilegio 1.° coloro che han superstiti figli naturali, legittimi e viventi, al numero di tre in Roma, quattro in Italia, e cinque nelle provincie. (*c*) *L.* 1, §. 2, *e seq. D. de excusat. pr. Inst. h. t.*); poichè quelli che sono ancora nell'utero materno non giovano al pari di quelli adottivi, illegittimi e che sono morti, eccetto quelli estinti in guerra che stimansi vivere immortali (*pr. Inst. h. t. L.* 76, *D. de cond. et demonstr. L. ult. D. de vacat. et exusat.* muner.).

(*a*) Ben altro è dell' immunità. Poichè l'immunità delle cariche pubbliche non estendesi alla tutela, *L.* 17, §. 3, *L.* 15, §. 12, *D. h. t.*

(*b*) I giureconsulti in ben altro senso che i grammatici intendono il vocabolo *scusa*. In senso grammaticale *scusarsi* significa addurre una causa che dispensa dall'impiego di una carica onorosa; in senso poi giuridico diconsi *scusati* coloro che non vengono ammessi alle cariche, *L.* 1 §. 3, *D. de postulando L.* 11 *de decurion.* In questa legge non vi è ragione che in luogo di excusare (*scusare*) debbasi leggere *excuriare* (*mettere fuori della curia*), come volea CUJACIO, *Obs.* 26, *cap.* 38. I Greci vedendo che non potevansi applicare a questa nozione i termini *eccettuare*, *rifiutarsi*, *inabilitare* (*paraiteisthai*, *apologueisthai*, *prophastizesthai*), adoperarono piuttosto la voce *scusarsi* (*exkousateuin.*) HARMENOP. *lib.* 2, *tit.* 5, §. 6, *lib.* 1, *tit.* 3, §. 80. La stessa voce *scusarsi* (*exkousateuin*) venne adoprata da TEOFILO *pr. Inst. h. t.* Veggasi BINKERSH. *Obs. lib.* 4, *cap.* 11, *pag.* 385 *e segu.*

(*c*) Questo privilegio di molti figli (*polupaïdias*) deriva dalla legge Papia Poppea, promulgata l'anno di Roma 762 (DIONE CASSIO, *lib.* 56, *p.* 662) per incoraggiare il matrimonio, *L.* 64, §. 1, *de condit. et dem.* Veggasi GIACOMO GOTOFREDO sulla *L. Pap. Pop. cap.* 8, p. 285; ed il nostro *Commentario sopra la prefata legge lib.* 2, *cap.* 9 e le *Antichità romane*, su questo *titolo*, §. 2, *e sequ.* non che la nostra *Istoria del dritto civile lib.* 1, §. 166.

§. 290. *Simili privilegio ex constitutione Marci Imp. excusantur*; 2 *qui rem fiscalem, rem dominicam, vel patrimonium principis, tributa item et vectigalia administrant, immo et conductores fundi principalis*, §. 1 Inst. h. t. L. 41 pr. D. eod. L. 10 Cod. eod. L. ult. C. qui dar. tut. poss.

§. 291. *Eodem modo ob privilegium excusantur* 3 *absentes reip. caussa; non modo a suscepta et suscipienda tutela, dum absunt, verum etiam a suscipienda intra annum, ex quo reverterunt*, §. 2 Inst. h. t. L. 10 pr. et §. 2 D. eod. *Iis, qui trans mare absunt reip. caussa, vel qui domicilium principis iussu mutarunt, et susceptam tutelam deponere licet*, L. 11 §. 2 D. de cap. minut. L. 12 §. 1, D. h. t.

§. 292. *Excusantur porro ob privilegium*, 4 *magistratus, qui cum potestate sunt*, §. 3. Inst. h. t. *id est, qui coercere, vel iubere in carcerem duci, vel prehendere poterant*, *GELL. XIII* 12. *Unde non excusat aedilitas*, L. 17 §. 4 D. h. t. *simile tamen quodammodo privilegium datum senatoribus*, L. 15 §. 3 D. h. t. *et τοὶς ἄρχουσι τῶν πολέων id est, duumviris*, L. 6 §. D. h. t. *Denique et* 5 *litteratores, rhetores, sophistae, medici, iureconsulti, omnesque artium liberalium professores, qui intra numerum sunt, excusantur* (*a*), L. 6, C. de profess. et med.; *modo in patria doceant sedulo*, L. 6, §. 6 *et* 9 D. h. t.

§. 293. *OB IMPOTENTIAM* (§. 289.) *excusant*: 6 *tria onera tutelae in una domo, modo nec affectatae sint, nec tenues*, §. 5, Inst. h. t. L. 15, §. 15. D. h. t. *Ponderandas enim magis esse tutelas, quam numerandas, vel hoc indicio est, quod et una tutela diffusior excusat*, L. 31 §. 4 D. h. t.; 7. *paupertas*, §. 6 Ins. h. t.; 8. *Morbus, ob quem quis suis rebus superesse non potest*, §. 7 Inst. eod.: 9 *Imperitia litterarum*, §.

(*a*) *An etiam administratores, et conductores rerum civitatis? Diserte id negatur*. L. 15 §. 7 et 10 D. h. t. L. 10 D. de iur. fisc. L. 2 C. de iur. reip., *quia civitatibus ius fisci haud competit. Et eo iure in Frisia utimur*, *ULR. HUB.* Prael. ad D. tit. de iur. fisc. §. 2 *Sed ob hanc ipsam rationem pluribus Germaniae locis, ubi ius Saxonicum et Lubecense viget, etiam administratores civitatum excusantur; quia iuribus fisci ibi etiam civitates, immo et nobiles, qui mero imperio gaudent, perfruuntur*, *MEV.* ad ius, Lubec. par. 2 tit. 1 art. 14 num. 64. *Ceterum haec excusandi causa hodie fere necessaria est, quia omnia horum administratorum bona iam fisco, vel civitati oppignorata sunt*, (§. 286).

(*b*) *Sunt et alia privilegia huius generis, veluti ob victoriam athleticam*, L. 6, §. 13, D. h. t. L. un. C. de athlet. *ob collegium fabrorum et pistorum*, L. 17, §. 2, 3 L. 4 §. ult. D. h. t. *ob officium mensorum frumenti*, L. 26, D. h. t. *Sed haec nostris temporibus vix quadrant.*

§. 290. Per siffatto privilegio per la costituzione di Marco-Aurelio, vengono scusati 2.° gli amministratori de' beni demaniali, del patrimonio del principe, non che de' tributi e delle gabelle, anzi i conduttori altresì del fondo del principe (*a*) (§. 1, *Inst. h. t. L.* 41, *pr: D. eod. L.* 10. *Cod. eod. L. ult. Cod. qui dar. tutor. poss.*)

§. 291. Per lo stesso privilegio vengono scusati altresì 3.° gli assenti per affari di stato, non solo rispetto alle tutele presenti o future, finchè dura l' essenza, ma ancora di quelle che si dovrebbero assumere fra l' anno da che sono ritornati (§. 2, *Inst. h. t. L.* 10, *pr.* e §. 2, *D. eod.*). Quei che sono al di là de' mari per affari di stato, o che abbiano cangiato domicilio per ordine del principe, possono rassegnare l' assunta tutela (*L.* 11 §. 2, *D. de cap. minut. L.* 12, §. 1, *D. h. t.*)

§. 292. Vengono pure escusati dal prefato privilegio 4.° i magistrati rivestiti di pubblico potere (§. 3, *Inst. h. t.*), cioè che possono esercitare il potere coattivo, ordinare la prigione, o l' arresto (GELL. *lib.* 13 *cap.* 15). Quindi l' edilità non scusa (*L.* 17, §. 4 *D. h. t.*). Ma intanto un simile privilegio in certo modo accordasi a' senatori (*L.* 15, §. 3, *D. h. t.*) et *tois archousi tôn peleôon*, cioè a' duumviri (*L.* 6, §. 16. *D. h. t.*) Finalmente 5.° sono scusati i letterati, retori, sofisti, medici, giureconsulti e tutt' i professori delle arti liberali che sono nel numero fissato (*L.* 6, *Cod. de profes. et medic.*), purchè insegnano con ogni cura nella loro patria (*b*) (*L.* 6, §. 6 e 9, *D. h. t.*)

§. 293. Per *impotenza* (§ 289) vengono scusati 5.° coloro che portano il peso di tre tutele in una famiglia, purchè non siano simulate o di poco conto (§. 5. *Inst. h. t. L.* 15, §. 15, *D. h. t.*) Le tutele debbonsi valutare, anzichè numerarsi, talmente che una sola molto estesa scusa dalle altre (*L.* 31, §. 4 *D. h. t.*); 7.° la povertà (§. 6, *Inst. h. t.*); 7.° una malattia che non permette di assistere a' propri affari (§. 7, *Inst.*

(*a*) Sono del pari scusati gli amministratori e conduttori delle cose della città? Chiaramente vien negato dalla *L.* 15, §. 7 e 10, *D. h. t. L.* 10, *D. de jur. fisc. L.* 2, *C. de jur. reip.*; perchè le città non godono del dritto del fisco. Questa legge è in uso nella Frisia. HUBER, *Prael. ad D. tit. de jure fisci*, §. 2. Ma per siffatta ragione in molti luoghi della Germania, ove vige il dritto di Sassonia e di Lubeck, vengono anche scusati gli amministratori delle città; perchè ivi le città ed i nobili altresì che partecipano del mero imperio, godono de' dritti fiscali, MEV. *ad jus Lubec.*, *prart.* 2, *tit.* 2, *art.* 14, n.° 64. Del rimanente questa scusa è al presente stimata quasi necessaria, perchè tutti i beni di questi amministratori sono di già ipotecati al fisco od alla città (§. 286).

(*b*) Vi sono altri privilegi di siffatto genere, come a cagion di esempio la vittoria atletica, *L.* 6, §. 13, *D. h. t. L. un. C. de athlet.* il far parte del collegio de' fabbri e de' fornari, *L.* 17, §. 2, 3, *L.* 4, §. *ult. D. h. t.*; l' essere misuratore de' grani, *L.* 26, *D. h. t.* Ma tali cose al presente non sono in uso.

8 Inst. eod. *modo tutela non ita tenuis sit, ut et* ἀναλφάβητος, *ad negotia alioquin paullo solertior, ei administrandae sufficere videatur*, L. 6, §. fin. D. h. t.: 10. *Senectus septuagenaria* (a), L. 3, D. de iur. immun. §. 13 Inst. h. t., *cui ne dies quidem desit.* L. 2 pr. D. h. t.

§. 294. *Denique ob imminens EXISTIMATIONIS periculum excusantur*; 11 *qui cum patre pupilli inimicitias capitales exercuerunt*, §. 9 *et* 11. Inst. h. t.; *non, quod indulgendum sit odiis eorum, quos ne mors quidem inimicorum placat, sed quod, ut eleganter notat VINNIUS, ignoscendum videatur eis, qui suspicionem sinistram hoc obtentu vitare, et antevenire remotionem cupiunt.*

§. 295. *Hae sunt excusationes* voluntariae. *NECESSARIIS, vel* prohibitoriis *accensentur*: 1 *furor, dementia, surdities, caecitas*, L. 1 §. 2 et 3 D. de tut. L. 3, C. qui dar. tut. L. un. C. qui morb. se exc.; 2. *minorennitas*, §. 13 Inst. L. 10 §. 7 D. h. t. 3.; *militia*, §. 14 Inst. h. t. L. 4 qui dar. tut.: 4.; *lis cum pupillo super omnibus bonis, vel maxima eorum parte*, §. 4, Inst. h. t. *immo hodie quaevis lis imminens, ob* Nov. LXXII. cap. 1 2 4 Nov. XCIV. praef. 5.; *sacerdotium et monachatus*, Nov. CXXIII. c. 5, *excepta tutela legitima, quae presbyteris tantum et Diaconis permittitur*; 6. *matrimonium, quod non permittit ut vir uxoris curam suscipiat*, L. 2, C. qui dari tut. L. 14, C. de cur. furios. *quum ne sponso quidem id sit permissum* (L. 1, §. ult. D. h. t.).

§. 296. *Speciatim a cura excusat tutela antea gesta* (§. 274), §. 18, Inst. h. t. L. 20, C. eod. *Liberto tamen, quem patronus liberorum suorum tutorem et curatorem elegit, ea excusatio non prodest*, L. 5, C. h. t. L. 14, §. 3 et L. 24 D. eod.

§. 297. *Quum ergo prioris generis excusationes non nisi oppositae prosint* (§. 288); *consequens est*: 1 *ut antequam opponantur, is qui datus est, ipso iure tutor sit.* L. 31, pr. D. h. t.; 2 *ut ad eum a tempore, quo datus est, omne periculum pertineat, si allegationes, caussa cognita, tamquam falsae reiiciantur*, L. 1 C. si tut. vel cur. fals. alleg. excus. L. 39, §. 6 de admin. tut.; 3 *ut rectissime sibi consulat tutor, qui simul ac datus est, administrationem in se suscipit, interposita protestatione, in excusationibus fraudi non futurum.*

§. 298. *Quia denique excusatio est species exceptionis* (§. 288), L. 5 et 8 D. de except. L. 43, D. de reg. iur., *consequens est*: 1 *ut tutor datus pluribus excusationibus uti possit*, §. 6, Inst. h. t.; 2. *ut tamen easdem una et simul allegare*

(a) *In mendo ergo, cubat*. L. 3, C. qui aetate vel prof. *ubi anni LV. excusare dicuntur*, *Vid. CUI. ad illam legem.*

eod.) ; 9.° l'ignoranza dello scrivere (§. 8, *Inst. eod.*), purchè la tutela non sia sì poco importante, che anche l'analfabeta alquanto esperto negli affari, sembra bastare ad amministrarla. *L.* 6, §. *final. D. h. t.*) ; 10.° l'età di settant' anni (*a*) (*L.*3, *D. de jur. immun.* §. 13, *Inst. h. t.*), purchè non vi mancano un sol giorno (*L.* 2, *pr. D. h. t.*).

§. 294. Finalmente per l'imminente pericolo di macchiare la reputazione vengono scusati, 11.° coloro che col padre del pupillo hanno avuto inimicizie capitali (§. 9 e 11, *Inst. h. t.*), non perchè si autorizzino gli odii che non restano placati nè tampoco colla morte del nemico, ma perchè come dice benissimo VINNIO bisogna perdonare coloro che amano evitare ogni sinistro sospetto, e prevenire una rimozione.

§. 295. Tali sono le scuse *volontarie.* Hannosi *NECESSARIE* o *proibitive:* 1.° il furore, la demenza, la sordaggine, la cecità *L.* 1, §. 2 e 3, *D. de tut. L.* 3, *Cod. qui dar. tut. L. unic. Cod. qui morb. se excus.*); 2.° la minor età (§. 13, *Inst. L.* 10, §. 7, *D. h. t.*); 3.° la milizia (§. 14, *Inst. h. t. L.* 4, *Cod. qui dar. tutor.*); 4.° la lite col pupillo su tutti o la maggior parte de' suoi beni (§. 4, *Inst. h. t.*), anzi oggi-giorno qualunque litigio imminente (*Novel.* 72, *cap.* 1,2,3 *Novel.* 92 *praef.*); 5.° il sacerdozio e lo stato monastico (*Novel.* 123, *cap.* 5), tranne la tutela legittima permessa soltanto a' preti e diaconi, 6.° il matrimonio che non permette al marito esser curatore della moglie (*L.* 2, *Cod. qui dar. tutor. L.* 14, *Cod. de curat. furios.*), il che non concedesi nè tampoco al fidanzato (*L.*1, §. *ult. D. h. t.*)

§. 296. La tutela già esercitata scusa particolarmente dalla curatela (§. 274) (§. 18, *Inst. h. t. L.* 20 *Cod. eod.*). La prefata scusa intanto non vale per quel liberto che il patrono ha nominato tutore e curatore de' suoi figli (*L.* 5, *Cod. h. t. L.* 14, §. 3, e *L.* 24, *D. eod.*).

§. 297. Siccome le scuse della prima specie non giovano se non vengono opposte (§. 288), ne segue: 1.° che prima di opporle sia tutore di pieno dritto colui ch' è nominato (*L.* 31, *pr. D. h. t.*); 2.° che se le scuse addotte dietro esame, vengono ributtate come false, tutto è a rischio del tutore dal momento ch' è stato nominato (*L.* 1, *Cod. si tut. vel curat. fals. alleg. excus. L.* 39. §. 6 *D. de administr. tutor.*); 3.° che farà saggiamente il tutore, che appena nominato, intraprenda l'amministrazione della tutela, protestando che con ciò non intende pregiudicare alle sue scuse.

§. 298. Finalmente siccome la scusa è una specie di eccezione (§. 288) (*L.* 5, *L.* 8, *D. de excpt. L.* 43, *D. de reg. jur.*) ne segue: 1.° che il tutore designato possa addurre più scuse (§. 16, *Inst. h t.*); 2.° che intanto è tenuto di allegar-

---

(*a*) Evvi dunque un errore nella *L.* 3, *C. qui aetate vel prof.* nella quale è detto che l'anno cinquantesimo scusi. Veggasi CUJACIO su questa legge.

taneatur L. 13, §. 8, D. h. t.; *et quidem coram tribunali*, L. 25, D. eod. *intra quinquaginta dies continuos, si intra centesimum ab urbe lapidem habitet. Alias enim XX miliaria singulos dies dant tutori sese excusaturo, iisque adiiciuntur dies triginta, dum ne pauciores inde emergant, quam dies* 50 §. 16, Inst. h. t. L. 13, §. 1, D. h. t.; 3 *ut adpellatione prius uti non liceat, quam sequutum sit decretum reiectionis* (*a*) d. §. 16, Inst. h. t. L. 1, §. 2 D. quando adpell.

§. 299. *Excusationes necessariae hodienum fere omnes receptae sunt, non item omnes voluntariae ubique eodem modo admittuntur. Consulendae ergo singularum civitatum leges et statuta, quae si deficiant, ius Romanum servatur. Maritus fere omnium locorum moribus est curator uxoris. In Saxonia tamen foeminae etiam innuptae subsunt curatoribus. Quae de tempore circa excusationes observando* (§. 298, 3.°) *dicta sunt, extra usum sunt, quia raro tantum est magistratuum nostrorum tutelarum territorium, ut ultra centum lapides porrigatur.* (*Conf.* Elem. iur. German. Lib. I. tit. 16, §. 380 seq.)

TITULUS XXVI.

De suspectis Tutoribus, et Curatoribus.

§. 300. *Quum tutela et excusatione et* remotione *finiatur* (§. 262, 4), *et de illa hactenus dictum sit, de hac dicendum erit hoc titulo.*

§. 301. *Removentur tutores SUSPECTI. Ita vero vocantur,* qui non ex fide gerunt §. 5, Inst. h. t. Ex fide non gerere *censentur, qui vel dolo malo, vel culpa et negligentia, non satisfaciunt officio, licet alias solvendo sint* d. §. 5, *Inst. h. t. Unde nec paupertas quemquam suspectum facit, nec divitiae a suspicione absolvunt,* L. 8, D. h. t. §. ult. Inst. eod.

§. 302. *Quum ergo intersit reip. res pupilli salvas esse: proditum est CRIMEN SUSPECTI, id est,* accusatio quasi pubblica tutoris vel curatoris, non ex fide gerentis, ad remotionem eius, et aliquando poenam arbitrariam infligendam comparata.

§. 303. *Dicitur accusatio* (*b*) quasi pubblica, §. 3, Inst. L. 1,

---

(*a*) *Quod secus se habet in aliis muneribus publicis* L. 6, §. 2, D. si quando adpell.

(*b*) *Solebant Stoici uti particula* ὡσανει, quasi, *quoties aliquid non proprie, sed* κατ' αναλογίαν proportione, *ita dici posse innuebant. Sic animantia* οὐκ θυμοῦσθαι, ἀλλ' ὡσανει θυμοῦσθαι· οὐκ φοβεῖσθαι, ἀλλ' ὡσανεὶ φοβεῖσθαι· οὐκ βλέπειν, ἀλλ' ὡσανεί βλοπέιν, ἀκούειν, φονεῖν, ζῆν· non irasci, sed quasi

le tutte insieme (*L.* 13, §. 8, *D. h. t.*), e davanti al tribunale (*L.* 25, *D. eod.*) fra' cinquanta giorni continui, se domicilia a cento miglia in distanza dalla città; altrimenti se gli accorda per iscusarsi un giorno per ogni venti miglia, e vi si aggiungono trenta giorni, di guisa che insieme uniti formano non meno di cinquanta giorni (§. 16, *Inst. h. t. L.* 13, §. 1, *D. h. t.*); 3.° che non possa appellare se non dopo che sia promulgata la sentenza che rigetta le sue scuse (*a*) (§. 16, *Inst. h. t. L.* 1, §. 2, *D. quando adpellandi.*)

§. 299. Al presente le scuse necessarie sono quasi tutte ammesse; ma le volontarie non in tutt' i luoghi vengono ammesse nella stessa guisa. Bisogna dunque consultare le leggi e gli statuti di ciascun paese, ed in loro mancanza si osserva il dritto romano. Il marito secondo l' uso di tutti i paesi è il curatore della moglie. Intanto in Sassonia anche le donne non maritate sono soggette a' curatori. Ciò che si è detto sul tempo da osservarsi per addurre le scuse (§. 298, 3) non è più in uso, poichè rare volte la giurisdizione territoriale de' nostri magistrati tutelari è tanto estesa da oltrepassare le cento miglia. Veggonsi gli Elementi del dritto Germanico (*lib.* 1. *tit.* 16, §. 380 *e sequ.*)

TITOLO XXVI.

De' tutori e curatori sospetti.

§. 300. La tutela finisce e colla *scusa* e colla *rimozione* (§. 262, 4.°), ed essendosi finora parlato della prima, resta a discorrere dall'altra.

§. 301. Ributtansi i tutori SOSPETTI. Vengono così chiamati *coloro che amministrano infedelmente* (§. 5, *Inst. h. t.*) Stimansi *amministrare infedelmente* coloro che per dolo, o per colpa, o per negligenza non adempiono a' doveri che la legge gl' impone, benchè d' altronde solvibili (*D.* §. 5, *Inst. h. t.*). Quindi nè la povertà rende sospetto chi si sia, nè le ricchezze allontano il sospetto (*L.* 8, *D. h. t.* §. *ult. Inst. eod.*).

§. 302. Siccome è di pubblico interesse che vengono conservati i beni del pupillo, si è stabilita l'ACCUSA DI SOSPETTO, cioè *un' accusa quasi-pubblica contro del tutore o del curatore che amministrano infedelmente, per rimuoverli e delle volte per farli infligere una pena arbitraria.*

§. 303. Dicesi accusa *quasi-pubblica* (*a*) (§. 3, *Inst. L.* 1,

---

(*a*) Lo che è diversamente nelle altre cariche pubbliche, *L.* 1, §. 2, *D. quando adpell.*

(*a*) Gli stoici avevano il costume di servirsi della particella *quasi* (ὡσανεὶ) qualora indicavano che una cosa poteva essere così espressa non nel senso proprio, ma per analogia. Così dicevano che: *gli animali non si mettevano in collera, ma quasi mettevansi in collera; non sono in*

§. 6, D. h. t., *quia omnibus patet. Alioquin enim nec pubblica est, nec coram eo, cui merum imperium est, instituitur, sed coram praetore, praeside, aliisque, qui ordinariam exercent iurisdictionem, sive propriam, sive mandatam* L. 4, pr. D. de off. eius, cui mand. iurisdict.

§. 304. *Quum ergo haec accusatio sit quasi pubblica* (§. 303), *consequens est, ut omnes possint accusare, veluti contutores*, L. 3, pr. D. h. t., *liberi*, L. 3, §. 1 D. eod., *immo et mulieres, quae alias accusare nequeunt*, L. 1, §. 7, D. eod. *iuncta*, L. 1 et 2 D. de accusat.; *et quidem non modo coniuctae, sed et aliae, sexus verecundiam non egredientes* (c) L. 3, Inst. eod.; *non tamen ipse pupillus, quamvis pubes, curatorem suum ex consilio necessariorum recte accuset*, L. 7, D. pr. et §. 4, Inst. eod.

§. 305. *Quumque reip. intersit, rem pupilli salvam esse* (§. 302): *consequens est, ut omnes tutores accusari possint*. L. 1 §. 5, D. §. 2, Inst. h. t., *etiam qui satis offerunt*, L. 5, et 6 D. et §. ult. Inst. h. t., *immo et legitimi, quamvis ob necessitudinem, qua pupillo iuncti sunt, plerumque eorum famae consulatur, et loco remotionis eis adiungatur curator, ne, si sanguini honor non haberetur, infamia in ipsum pupillum quodammodo redundet*, L. 9, de eod.

§. 306. *Quum porro ea accusatio tendat ad tutoris suspecti remotionem* (§. 302), *consequens est*: 1 *ut accusato statim interdicendum sit administratione, quoad finiatur cognitio*, §. 7, Inst. h. t.; 2. *ut condemnatus plane removeatur, vel cum infamia, si vel doli*, §. 6, Inst. L. ult. C. h. t., *vel culpae latae reus sit*, L. 7, §. 1, D. h. t., *vel sine ignominia, si culpae levis* L. 3, §. ult. D. L. ult. C. h. t.; 3. *ut si tutor la-*

---

irasci; non metuere, sed quasi metuere, non videre, sed quasi videre, audire sonum edere et vivere, *dicebant. PLUTARCH.* de solert. animal. *Eodem exemplo ICti, stoicis innutriti dogmatibus* (§. 18 *), *non modo senatorum filios, sed et* quasi senatorum filios, L. 6, §. 2, et L. 7, pr. D. de senator; *non modo res consecratas, sed et* quasi consecratas, *CIC.* epist. ad Att. lib. 12, epist. 19 et 35 *non tantum contractus, delicta, possessionem, traditiones, accusationes publicas, remedia possessoria, sed et* quasi contractus, quasi delicta, quasi possessionem, quasi traditionem, *accusationes* quasi publicas, *remedia* quasi possessoria *statuebant.*

(c) *Immo et ex officio magistratus suspectos persequitur, quippe qui in malos homines inquirere debet*, L. 3 et 13 D. de offic. praes. *Et hinc ille tutorem suspectum, quem nemo accusat, removere potest*, L. 3, §. 4, D. eod. *Quod et hodie frequentissime fieri solet.*

§. 6. *h. t.*) perchè è ad ognuno permessa ; poichè d' altronde nè è pubblica , nè istituiscesi davanti colui che ha il mero imperio ; ma davanti il pretore , il preside e gli altri magistrati che esercitano uno giurisdizione ordinaria sia propria , sia delegata (*L.* 4 , *pr. D. de off. ejus cui mandat. est jurid.*)

§. 304. Questa accusa essendo quasi-pubblica (§. 303), ne segue che puossi da ognuno intentare , come i contutori (*L* 1, *pr. D. h. t.*) i liberti (*L.* 3 , §. 1 , *D. eod,*) , anche le donne che in altri casi non possono accusare (*L.* 1 , §. 7, *D. eod. junct. L.* 1 e 2 , *D. de accusat.*) ; e non solo le congiunte , ma tutte le altre ancora purchè non oltrepassino i limiti della verecondia del sesso (§. 3 , *Inst. h. t.*) (*a*) ; il pupillo stesso non lo può ; benchè l' adulto abbia il dritto di accusare legittimamente il suo tutore col consiglio de' suoi più prossimi (*L.* 7 , *D. pr. e* §. 4 , *Inst. h. t.*)

§. 305. Essendo interesse dello stato che le sostanze del pupillo siéno conservate (§. 302), ne segue che tutt'i tutori possono essere accusati (*L.* 1 , §. 5 , *D.* §. 2 , *Inst. h. t.*) anche quelli che offrono cauzione (*L.* 5 e 6, *D.* §. *ult. Inst. h. t.*), non che i legittimi ; sebbene per la parentela che li unisce al pupillo , ordinarlamente si rispetti la loro riputazione , e invece di rimuoverli se li aggiunge un curatore , per timore che se non si rispetti l' onore del sangue , l' infamia non ricada in qualche modo anche sopra il pupillo stesso (*L.* 9 , *D. eod.*)

§. 306. Siccome una siffatta accusa ha per iscopo di rimuovere il tutore sospetto (§. 302), ne segue: 1.° che deesi tosto interdire all' accusato l' amministrazione , fino a che non sia terminata l'istruzione (§. 7, § 1, *Inst.h. t.*) 2.° che il condannato deesi destituire , sia con infamia se reo di dolo (§. 6, *Inst. L. ult. Cod. h. t.*) o di colpa lata (*L.* 7, §. 1 , *D. h. t.*), o senza ignominia se la colpa è leggiera (*L.* 3 , §. *ult. D. L.*

---

timore , ma quasi in timore , non sono chiaroveggenti , ma quasi chiaroveggenti, quasi odono , quasi emettono de' suoni, quasi vivono (ouk thumousthai , all' ôsanei , thumousthai ; ouk phobeisthai , all'ôsanei phopeisthai ; auk blepein , all' osanei blepein akouein , phonein, zên), PLUTARCO , *de Solert. animal.* I giureconsulti similmente imbevuti de' dogmi degli stoici (§. 18 ,*) , non solo dicevano figli di senatori , ma quasi figli di senatori *L.* 6 . §. 2 *e L.* 7 *pr. D. de senator.* ; non solo cose consacrate , ma *quasi* consacrate CIC. *lib.* 12 *ad Attic. Epist.* 15 e 35. Dicevano non solo contratti , delitti , possessi , tradizioni , pubbliche accuse , rimedi possessori ; ma altresì *quasi* contratti , *quasi* delitti , *quasi* possessi , *quasi* tradizioni , accuse *quasi* pubbliche , rimedi *quasi* possessori.

(*a*) Anzi il magistrato *ex officio* perseguita i sospetti , come colui che dee inquirere contro i cattivi soggetti , *L.* 3, 4 *L.* 13, *D. de offic. praes.* Quindi può rimuovere il tutore sospetto senza che venga d' alcuno accusato, *L.* 3 , §. 4 , *D. eod.*; lo che oggi frequentissimamente avviene.

titet, *nec alimenta decerni patiatur*, *pupillus in tutoris bona mitti possit* (a), §. 9, Inst. L. 3, §. 14, L. 7, §. 2. D. h. t.

§. 307. *Quum et ad poenam arbitrariam tutori infligendam agi possit* (§. 302), *sequitur* 4 *ut*, *si factum atrocius in tutela*, *vel cura admissum sit*, *tutor vel curator ad praefectum urbi* (*id est magistratum*, *cui merum imperium est*), *remittatur*, *ut is extra ordinem pro modo delicti in hominem animadvertat*, §. 10 *et* 11 Inst. L. 1, §. ult. D. h. t.

§. 308. *Denique quia haec actio*, *quamvis in se civilis*, *publica tamen iudicia quodammodo imitatur* (§. 302); *id quoque inde sequitur* 5, *ut mortuo ante sententiam reo*, *vel tutela interea quocumque modo finita*, *id crimen extinguatur*, §. 8, Inst. L. penult. D.L. 1, C. h. t. *Neque enim mortuus tutor removeri potest, neque finita tutela, opus est hoc remedio, quum per actionem tutelae pupillo satis prospectum sit* (§. 263.)

§. 309. *Quia vero hodie quotannis ratione exiguntur*, *et hinc etiam ante tutelam finitam tutor ad eas reddendas adigi potest* (§. 264): *hinc non tam quotidianae sunt suspectorum accusationes*, *ac tempore Ulpiani*, L. 1, pr. D. h. t. *Vid.* *MYNSING.* ad pr. Inst. h. t.

(a) *Et quidem non solum custodiae caussa*, *sed et ut alimenta pupillo inde decernantur. Inde enim est*, *quod quae mora deteriora fierent*, *distrahi a praetore iubentur*, d. §. 9, Inst. et dd. LL. h. t.

ult. Cod.) 3.° che se il tutore occultasi, e trascuri di alimentare il pupillo, può questi immettersi nel possesso de' suoi beni (*a*) (§. 9, *Inst. L.* 3, §. 14, *L.* 7, §. 2 *D. h. t.*).

§. 307. Siccome si può agire per fare infligere al tutore una pena arbitraria (§. 302), segue 4.° che se siasi commesso qualche delitto atroce nella tutela o la curatela, il tutore od il curatore vengono rimessi al prefetto della città (cioè al magistrato ch' esercita il mero imperio), acciò straordinariamente, e in proporzione del delitto infliga una pena al delinquente (§. 10 e 11, *Inst. L.* 1, §. *ult. D. h. t.*)

§. 308. Finalmente perchè quest' azione, quantunque in sè stessa civile, imita intanto in certo modo i giudizi pubblici (§. 303), quindi ne risulta da ciò, 5.° che se il reo muoia pria del giudizio, o la tutela finisca in qualunque modo, il reato resta estinto (§. 8; *Inst. L. penult. D. L.* 1, *Cod. h. t.*); imperocchè nè il tutore morto si può rimuovere, nè la tutela una volta finita fa uopo di un siffatto rimedio, giacchè l' interesse del pupillo è ben garantito dall' azione di tutela (§. 263).

§. 309. Ma siccome oggigiorno domandansi al tutore i conti in ogni anno, e possonsi richiedere anche pria che la tutela finisca (§. 264), ciò fa sì che le accuse de' tutori sospetti non sieno così frequenti come a' tempi di Ulpiano (*L.* 1, *pr. D. h. t. Veg.* MYNSING. *ad pr. Inst. h. t.*)

(*a*) E praticasi non solo per causa di conservazione, ma altresì per dare gli alimenti al pupillo. Quindi è che il pretore fa vendere la porzione de' beni del tutore che potrebbe deteriorsi colla dimora, *d.* §. 9, *Inst. et dd. L.* 3, *L.* 7, *D. h. t.*

LIBER SECUNDUS

DE REBUS.

TITULUS I.

De rerum divisione, et adquirendo earum dominio.

§. 310. *Hactenus, de* personis, *tanquam de primo iuris obiecto, actum* (§. 74): *sequitur iam alterum, puta RES, in quarum iure explicando libri secundus et tertius cum initio quarti versantur.*

De rerum divisione.

§. 311. *Quemadmodum ICti* hominem *et* personam *distinguere solent* (§. 75), *ita accurate discernunt* rem *et* pecuniam, *quarum illa hac latius patet, si quidem RES etiam ea quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; PECUNIÆ significatio ad ea, quae in patrimonio nostro sunt, refertur*, L. 3, pr. D. de verb. sign. *AUGUSTIN.* de Doctr. Christ. c. 6, p. 585, tom. 6, Op.

§. 312. *RES ergo a ICtis vocantur*, quae eius sunt naturae, ut in bonis esse possint. *PECUNIA contra*, quidquid vere et actu est in patrimonio. *ULR. HUBER.* Prael. ad Inst. h. t. §. 1.

§. 313. *Res, quod ad primam earum divisionem attinet, vel DIVINI, vel HUMANI IURIS esse dicuntur*, Illae *denuo vel SACRAE, vel RELIGIOSAE. SANCTAE etiam quodammodo divini iuris habentur*, L. 1, pr. D. h. t.

§. 314. *SACRAE erant* publice (*b*) conseeratae *DIIS superis* a pontificibus, vel principe, *tamquam pontifice maximo*, §. 8, Inst. h. t. L. 6, §. 3, L. 9, pr. et §. 1 e 2, D. h. t.

(*a*) *Paullo aliter IUSTINIANUS* pr. Inst. h. t. *Res vel sunt* communes, *vel* publicae, *vel* universitatis, *vel* nullius, *vel* singulorum. *Res* nullius, *vel* sacrae, *vel* religiosae, *vel* sanctae. *Sed nos Caium sequi maluimus.*

(*b*) *Publice fieri debebat consecratio, id est, publica auctoritate, ne quid peregrinae religionis inveheretur, a qua maximopere abhorrebant Romani, BYNKERSHOEK.* de relig. peregr. cap. 1 et 2. *Hinc si quis privatum sibi sacrum constitueret, sacrum id non erat, sed profanum*, L. 6, §. 1, D. h. t. *aeque ac apud Athenienses, quibus nefas*

LIBRO SECONDO

DELLE COSE.

TITOLO I.

Della divisione delle cose, e del modo di acquistarne il dominio.

§. 310. Finora si è trattato delle *persone*, come primo obietto del dritto (§. 74): segue il secondo, cioè le COSE; lo svolgimento del cui dritto occupa i libri secondo, terzo ed il principio del quarto.

Della divisione delle cose.

§. 311. Siccome i giureconsulti distinguono *uomo* e *persona* (§. 75), così fanno del pari accuratamente distinzione tra *cosa* e *danaro*; espressioni delle quali la prima ha un significato più esteso della seconda, avvegnachè la COSA contiene altresì ciò che non è suscettibile di esser numerato nel nostro patrimonio; mentre la denominazione di PECUNIA riferiscesi a ciò ch'è nello stesso (AUGUSTIN. *de doctrin. Christ. cap.* 6,*p.* 585, *t.*6 *oper.*).

§. 312. I giureconsulti dunque chiamano *cosa ciò ch' è di natura da poter far parte delle sostanze degli uomini*; PECUNIA *al contrario tutto ciò ch' è veramente, ed attualmente nel patrimonio* (HUBER, *Praelect. ad Inst. h. t.* §. 1.)

§. 313. Le *cose* in quanto alla loro prima divisione sono di DRITTO DIVINO o di DRITTO UMANO. Queste ultime dividonsi in SACRE e RELIGIOSE. Le cose SANTE si hanno in certo modo anche di dritto divino (*L.* 1, *pr. D. h. t.*)(*a*); divisioni che sentano di pagana superstizione.

§. 314. Le COSE SACRE venivano pubblicamente (*a*) consacrate agli DEI SUPERIORI *dal pontefice* o *dal principe*, qual pontefice massimo (§ 8,*Inst. h.t.L.*6, §.3,*L.* 9,*pr.* e §.1, 2,*D. h.t.*).

(*a*) GIUSTINIANO (*pr. Inst. h. t.*) con qualche divario divise le cose. Desse sono o *comuni* o *pubbliche*, o dell' *università* o di *nessuno*, o de' *singoli*. Quelle non appartenenti ad *alcuno* sono o *sacre* o *religiose* o *sante*. Ci è piaciuto meglio di seguire la divisione di Cajo.

(*b*) La consacrazione dovea farsi pubblicamente, cioè coll' autorità pubblica, per tema che non s' introducesse qualche cosa di una religione straniera, ciò che i Romani grandemente abborrivano (BYNKERSH. de *relig. peregr. cap.* 1 e 2). Quindi se qualcheduno privatamente formavasi una cosa sacra, non era tale, ma profana, *L.* 6, §. 3, *D. h. t.* similmente presso gli Ateniesi era un delitto *celebrare misteri nelle pro-*

§. 315. *Ex quo inferebant Romani* : 1. *res sacras in nullius bonis esse* , L. 1, pr. L. 6, §. 2, D. h. t.; *adeoque* 2. *nec aestimutionem recipere* , *nec obligari* , *alienarique posse* (*a*) , L. 9, §. 5, D. eod. §. 8, Inst. h. t.; *quin potius* 3. *loca sacra manere* , *etiam diruto aedificio*, L. 6, § 3, D. h. t., *PLIN.* Lib. X. epist. 76 , *nisi vel ab hostibus capta*, L. 36, D. d. relig. *vel sacris evocatis religione liberata sint* , L. 9, §. 2, D. h. t.

§. 316. *RES RELIGIOSAE erant sepulcra* , *dedicata Diis Manibus. GUTHER* de iure Man. Lib. 3, cap. 1. *Locum vero religiosum unusquisque faciebat* , *dum mortuum inferebat in locum suum*, L. 6, §. 4 D. eod. *et purum*, Lib. 2, §. 4, L. 8, §. 3, D. de relig.

§. 317. *Ex quibus principiis inferebant* : 1 *cenotaphium* , *idest* , *sepulcrum honorurium* , *non esse religiosum* , L. 42, D. de relig. , *si quidem ita contra Marciani sententiam* , L. 6, §. ult. D. h. t. *diserte rescripserunt divi Fratres* ; L. 7, D. eod. (*Conf. BYNKERSHOEK* Obs. Lib. I. cap. 5). 2 *sepulcra commercio hominum eximi* (*b*), L. 12, §. 1, D. de relig. L. 14, C. de legat.; 3. *quum in diversis locis cadaver sepultum est* , *eum tantum locum* , *in quem membra principalia* , *veluti caput*, *illata fuerint* , *religione occupari*, L. 44, pr. de relig.; 4 *eum*, *qui in locum alienum*, *vel publicum mortuum intulerit* , *actione in factum pulsari posse* , *ad tollendum cadaver* , *aut solvendum loci pretium*, L. 7, pr. L. 8, §. 2, D. de relig.; 5 *etiam sepulcra manere religiosa* , *nisi reliquiae auctoritate pontificum tran-*

---

videbatur , domi facere mysteria, *CORN. NEP.* Alcib. cap. 3. *Cave tamen confundas* sacra privatim constituta , *et* sacra privata *deorum Penatium.. Haec enim non privatim constituebantur* , *sed auctoritate Pontificum. Unde etiam hi in conferreationibus*, *a drogationibus*, *iuribus aedium*, *auctoritatem interponebant* (§. 146 * 179 *), *CICERO* pro domo cap. 13. *MACROB.* Saturnal. lib. 1, cap. 16.

(*a*) *Exceptiones quamdam addiderunt Principes Christiani* : *veluti quod alienari possint ad redimendos captivos* §. 8, Inst. h. t. Nov. CXX. c. 10 *alendos pauperes in fame publica* L. 21, C, de Ss. Eccl. , *et aes alienum Ecclesiae dissolvendum* , Nov. CXX. cap. 10.

(*b*) *Sepulcra ipsa nec in bonis erant* , *nec in commercio* : *ast ius inferendi mortuum omnino. Hinc et ligari poterant* , *quum monimenta legari non possent* , L. 14, C. de legat. *Et ita intelligenda formula in marmoribus frequentissima* , *HOC MONIMENTUM HEREDES SEQUITUR* , L. 5 e 6 pr. D. de religios.

§. 315. Dal che i Romani ne deducevano: 1.° che le cose sacre non appartenessero ad alcuno (*L.* 1, *pr. L.* 6, §. 2 *D. h. t.*), e per conseguenza 2.° fossero fuor di prezzo, e non si potessero obbligare, o alienare (*a*) (*L.* 9, §. 5, *D. eod.* §. 8, *Inst. h. t.*), anzi dippiù 3.° i luoghi sacri restavano sempre tali ancorchè l'edificio venisse demolito (*L.* 6, §. 3, *D. h. t. PLIN. lib.* 10, *epist.* 76), eccetto che non venissero occupati dal nemico, (*L.* 36, *L. de relig.*), o che venendone tolto ciò che vi era di sacro perdeva il suo carattere religioso (*L.* 9, §. 2, *D. h. t.*).

§. 316. Le COSE RELIGIOSE erano i sepolcri consacrati a' dei Mani (GUTER *de jur. Man. lib.* 3, *cap.* 1.). Ciascuno poteva render religioso un luogo col sepellire un cadavere in un luogo che gli appateneva (*L.* 6, §. 4, *D. eod.*), e che fosse puro (*L.* 2, §. 4, *L.* 8, §. 3, *D. de religios.*)

§ 317. Da siffatti princìpi deducevasi: 1.° che il cenotafio, cioè il sepolcro di onore non era religioso (*L.* 42, *D. de religios.*), come espressamente l'ordinarono con rescritto, contro il sentimento di Marciano (*L.* 6, §. *ult. D. h. t.*), i fratelli imperatori (*L.* 7, *D. h. t. Veg.* BYNKERS. *Obs. lib.* 1, *c.* 5,); 2.° che i sepolcri erano fuori del commercio degli uomini (*b*) (*L.* 12, §. 1, *D. de religios. L.* 14, *Cod. de legat.*); 3.° che se le differenti parti di un cadavere fossero sepolte in luoghi diversi, si avrà per rilegioso quel luogo soltanto nel quale verranno interrate le membra principali, tali che la testa (*L.* 44, *pr. D. de religios.*); 4.° che colui che avesse portato un morto in un luogo altrui, o in quello pubblico, potrà esser astretto coll' azione in *factum*, o a toglierne il cadavere, o a pagare il prezzo del luogo (*L.* 7, *pr. L.* 8, §. 2, *D. de religios.*); 5.° che i sepolcri debbono restare religiosi, eccetto che le reliquie non venissero trasportate coll' autorità del pon-

---

prie abitazioni (CORN. NEPOS, *Alcib. cap.* 3.). Intanto non sono da confondersi le *cose sacre privatamente stabilite*; *e le cose sacre private* relativa agli Dei Penati. Avvegnachè queste non venivano privatamente stabilite, ma coll' autorità del pontefice. Laonde interponevano essi la loro autorità nelle confarreazioni, nelle arrogazioni, e ne' dritti delle famiglie §. 146*, 179*), CICERONE, *pro domo cap.* 13, MACROB., *Saturn. lib.* 1, *cap.* 16.

(*a*) I principi cristiani vi apportarono qualche eccezione, a cagion di esempio, le cose sacre possonsi alienare per riscattare gli schiavi, §. 8, *Inst. h. t, Nov.* 120, *cap.* 9; per nutrire i poveri in tempo di pubblice miseria, *L.* 21, *C. de SS. eccles.* e per pagare i debiti della Chiesa *Nov.* 120, *cap.* 10.

(*b*) I sepolcri non erano annoverati fra' beni, nè erano in commercio; ma aveasi pienamente il dritto di portarvi un morto. Quindi un siffatto dritto potevasi lasciare in legato; mentre che non si poteva lasciare il sepolcro stesso, *L.* 14 *C. de legat.* In tal modo deesi intendere la formola usitatissima su' marmi sepolcrali. *Questo monumento passa agli eredi L.* 5. *e* 6, *pr. D. de religios.*

sferantur, L. 44, §. 1 D. de relig. *PLIN.* Epist. L. X. epist. 83 *GRUTER.* Inscr. p. 578. *Quam religionem etiam Christianis haesisse*, L. 14, Cod. de religion. *merito mireris.*

§. 318. *SANCTAE denique RES dicebantur bifariam(a), vel quaetenus solemni ritu DIIS medioxumis, vel Geniis tradebantur*, *GISB. CUPER.* Obs. Lib. III. cap. 16, p. 332, *vel quatenus sanctione poenali defenduntur, ut, qui ibi aliquid commiserit, capite puniatur*, L. 8, pr. D. h. t. *Cuius sanctitatis signum credebantur* sagmina, *id est, herbae sacrae, in pomoeriis frondescendes*; L. 8 §. 1 D. eod, *quas et facciales praeferebant, ut unusquisque eos esse sacrosanctos et inviolabiles perspiceret. LIV.* lib. XXX. cap. 43.

§. 319. *Unde expediti iuris videbatur*: 1 *nihil immitti posse in muris et portis*, L. 8, §. 2, D. h. t. 2. *neque reficere eas cuiquam licere sine principis vel praesidis consensu, nec aliquid eis coniungere, vel superponere*, L. 9, §. 4, D. eod.; 3 *capite esse plectendos, qui muros transcenderint, vel violarint*, L. ult. D. et §. 10 Inst. h. t. *Quale exemplum factum in Remo, veteres referunt*, d. L. ult. eod. *LIV.* Lib. I. cap. 7.

§. 320. *Quamvis vero haec omnia paganam superstitionem redoleant* (§. 313): *a Constantini tamen temporibus etiam inter Christianos creditum, res ita sacras fieri per consecrationem, ut dominium earum Deo offeratur, et religio quaedam res illas videatur occupare. Quare principium hoc cum conclusionibus* (§. 315), *explicatis, in titulo* C. de Ss. Ecclesiis, *nec non in universo iure canonico regnant. BLONDELL.* Apolog. de Episc. et Presb. Sect. III. p. 265 seq. *ZIEGLER.* de Episc. L. III. cap. 7 *PICTETUS in* libello Gallice scripto de templis.

§. 321. *Distinguendae tamen a rebus* sacris *ECCLESIASTICAE*, quae non quidem ἀμέσως immediate, sed mediate, cultui divino sine consecratione inserviunt. *Unde et facilius vel ad tempus, vel in perpetuum alienantur, quando id expedit Ecclesiae*, L. 14 §. 5, L. 17, §. 1, C. de Ss. Eccl. Nov. CXX. c. 7, *accendente tamen, uti in alienatione rerum minoris, ca-*

(a) *Unde facile patet, cur non solum in muris, verum etiam portis, sanctitas tribuatur*, §. 10, Inst. h. t. *quum tamen portis illam diserte adimat PLUTARCH.* Quaest. Rom. c. 17. *Priore sensu soli muri et poemeria, sed et portae, vallum, et muri castrorum* L. 3, §. 17, D. de re milit.; *portae* d. §. 8., *immo et personae, veluti parentes et patroni*, L. 9, D. de obseq. par. et patr.; *tribuni plebis*, *LIV.* lib. 2. cap. 32. *DIONYS. HALIC.* lib. 4 pag. 410; *legati*, L. ult. D. de legation.

tefice (*L.* 44, §. 1, *D. de religios.* PLIN. *lib.* 10, *epist.* 73; GRUTERO.*Inscript.p.*578).Ciò che fa maraviglia si è che i cristiani seguirono anch' essi siffatto rito religioso (L. 14, *Cod. de relig.*).

§. 318. Finalmente le COSE SANTE diceansi così sotto due rapporti (*a*): o in quanto che con rito solenne venivano consacrate agli Dei mediossumi o genii (GIBS. CUPER. *Obs. lib.* 1, *cap.* 16 *p.* 332), o in quanto che erano protette da una sanzione penale, di guisa che colui che le avesse violate veniva punito di morte (*L.* 8, *pr. D. h. t.*). Il segno di questa sanzione si credeva la *verbena* (erba sacra, che cresce sulle mura delle città) (*L.* 8, § 1, *D. cod.*), che i Feciali portavano avanti di essi, affinchè ciascuno potesse riconoscerli per sacrosanti ed inviolabili (LIVIO, *lib.* 30, *cap.* 43.).

§. 319. Laonde sembrava di dritto inconcusso: 1.° che nulla si poteva affigere o intromettere nelle mura e nelle porte delle città (*L.* 8, §. 2, *D. h. t.*); 2.° che non era ad alcuno permesso di rifarle senza il consenso del principe o del preside, nè aggiungervi o soprapporvi cosa alcuna (*L.* 9, §. 4, *D. h. t.*); che rendevasi colpevole di morte colui che avesse scalato o violasse le mura (*L. ult. D.* e §. 10 *Inst. h. t.*); quale esempio di punizione si riferisce di Remo dagli antichi autori (*D. L. ult. D. eod.* LIVIO *lib.* 1.).

§. 320. Benchè tutto ciò sentisse di pagana superstizione (§. 313), pur tutta via fin da' tempi di Costantino credevasi anche tra' cristiani che, colla consacrazione, le cose diventassero talmente sacre, che la proprietà se ne offrisse a Dio, e che in un certo modo acquistassero un carattere religioso. Laonde siffatto principio, colle conclusioni spiegate nel §. 315, compeggia nel titolo del Codice de *SS. Ecclesiis*, ed in tutto il dritto canonico (BLONDELL. *Apolog. de Episc. et presb. sect.* 3, *p.* 265, *sequ.* ZIEGLER *de Episc. lib.* 3, *cap.* 7, PICTET nel libercolo scritto in francese, *de templis.*)

§. 321. Debbonsi dalle cose sacre distinguere quelle ECCLESIASTICHE, *che servono non immediatamente*, *ma indirettamente al culto divino senza che fossero consacrate.* Da ciò la ragione perchè rendesi facile alienarle o per un tempo determinato, o per sempre, allorchè torna utile alla Chiesa (*L.* 14, §. 5, *L.* 17, §. 1, *Cod. de SS. Eccles. Nov.* 120, *cap.* 7), purchè vi preceda cognizion di causa, e decreto, come praticasi nel-

---

(*a*) Facilmente conoscesi perchè la santità attribuivasi non solo alle mura ma anche alle porte §. 10, *Inst. h. t.* benchè formalmente si neghi alle porte da PLUTARCO. *Quaest. Rom.* cap. 17. Nel primo senso erano santi non solo i pomerii e le mura, ma altresì le porte, le fossate, le fortificazioni, *L.* 5, §. 17, *D. de re milit.*; le porte, *d.* §. 10, e le persone altresì, tali che i genitori, i patroni, *L.*9, *D. de obseq. par. et patr. praest*; i tribuni del popolo, TIVO LIVIO, *lib.* 2, *cap.* 32. DIONIGI di ALICARNASSO, *lib.* 16, *p.* 410; gli ambasciadori, *L. ult. D. de legat.*

ussae cognitione, *et decreto.* STRYK. Cautel. contr. sect, 1 cap. 3, §. 7.

§. 322. *Canonistae rebus* religiosis *accensent non solum sepulcra et coemeteria*, *verum etiam xenodochia*, *orphanotrophea*, LANCELL, Inst. iur. can, Lib. II. tit. 17. *Hinc et coemeteria aqua benedicunt*; *et benedicta subiiciunt iurisdictioni ecclesiasticae*; *quin eorum communione privant haereticos*, *paganos*, *excommunicatos*.

§. 323. *Nobis templa et coemeteria vere sunt res universitatis*, *simul tamen sanctae*, *quia inviolabiles*; *muri et portae*, *ob ius praesidii principi vel reip. competens*, *res publicae*, 4. Feud. *LVI. Nullae ergo nobis res* sacrae, *praeter verbum et sacramenta*, *dum ea dispensantur. Nullae sepulturae* religiosae, *nullae res* sanctae, *nisi quatenus sanctione adversus hominum iniurias munitae sunt* (§. 318). *Res tamen sacro cultui destinatas, et ecclesiasticas*, *non temere aliis adplicamus usibus*, *neque eas facile alienamus*, *nisi urgente necessitate*, *et suadente utilitate Ecclesiae. Sepulcra sunt in commercio vel universitatis, vel Ecclesiae*, *vel singulorum. Qui muros*, *vel portas*, *vel palatia principum violant*, *iis poena pro modo delicti statuitur arbitraria.*

§. 324. *Hactenus de rebus* divini iuris, *sequuntur quae* HUMANI IURIS *habentur*, (§. 313), *quaeque vel* COMMUNES *sunt*, *vel* PUBLICAE, *vel* UNIVERSITATIS, *vel* SINGULORUM, pr. Inst. L. 2, pr. D. h. t.

§. 325. COMMUNES *sunt*, quae, quod ad proprietatem nullius; quod ad usum, omnium hominum sunt, §. 1, Inst. L. 2, §. 1, D. h. t. PUBLICAE, quae ratione proprietatis populi sunt; quod ad usum singulorum ex populo. RES UNIVERSITATIS, quae, quod ad proprietatem sunt universitatis; quod ad usum singulorum ex ea universitate (a), L. 6, §. 1, D. h. t. L. 14, D. de adquir. rer. dom.

(a) *Etiam haec Stoam redolent* (§. 18). *Haec duplicem statuebat rempublicam*, maximam *alteram*, *qua dii et homines contineantur*, *alteram* minorem, *cui quemque adscripserit conditio nascendi*, SENEC. de otio sap. cap. 31. *In minoribus illis*, *in quas populus quisque coaluit*, *denuo veluti* minimas *respublicas*, *quas universites vocamus*, *reperiri*, *res ipsa docet. Quum ergo singulis rebuspublicis sint sua patrimonia*; *hinc quae in* maximae *reip. patrimonio erant* RES COMMUNES; *quae* in minoris, PUBLICAE; *quae in* minimae, UNIVERSITATIS, *dicebantur.* (*Conf. Ger.* NOODT. Probabil. lib. 1,

alienazione de' beni de' minori (STRYK *Cautel. contr. sect.* 1. *cap.* 3, §. 7.)

§. 322. I canonisti comprendono tra le cose religiose non solo i sepolcri ed i cimiteri, ma altresì gli ospedali, gli orfanatrofii, e gli alberghi de' poveri (LANCELOT, *Inst. jur. canon. lib.* 2, *tit.* 17). Per siffatto motivo benedicono i cimiteri coll' acqua, e benedetti li sottomettono alla giurisdizione ecclesiastica; anzi negano la sepoltura in essi agli eretici, a' pagani e agli scomunicati.

§. 323. I tempii e i cimiteri presso noi sono delle cose veramente di università, e nello stesso tempo santi perchè inviolabili. Le mura e le porte sono delle cose pubbliche, pel dritto del principe o della repubblica di vegliare alla difesa della città (4. *Feud.* 56). Noi dunque non altro risguardiamo per sacro che la parola divina e i sacramenti allorchè amministransi. Non vi sono sepulture religiose, nè cose sante, eccetto quelle munite di sanzione per esser rispettate dagli attentati degli uomini (§. 318). Non applichiamo intanto ciecamente ad altri usi le cose addette al culto sacro e quelle ecclesiastiche, nè le alieniamo che ne' casi pressanti, o che si trattasse di vantaggio della Chiesa. Le sepolture sono nel commercio della generalità, o della Chiesa, o de' singoli. Coloro che violano delle mura, delle porte, o de' palazzi de' principi sono arbitrariamente puniti secondo la gravità del delitto.

§. 324. Finora si è trattato delle cose di *dritto divino* possiamo ora a quelle di DRITTO UMANO (§.313), le quali sono o COMUNI o PUBBLICHE o delle UNIVERSITA', o de' PARTICOLARI (*Pr. Inst. L.* 2, *pr. D. h. t.*).

§. 325. Le COSE COMUNI *son quelle che relativamente alla proprietà non appartengono ad alcuno, e in quanto all' uso spettano a tutti gli uomini* (§, 1, *Inst. L.* 2 §. 1, *D. h. t.*). Le PUBBLICHE *sono quelle che, in quanto alla proprietà, appartengono al popolo, ed in quanto all' uso a ciascun di quelli che lo compongono.* LE COSE DELL' UNIVERSITA' *sono quelle che, in quanto alla proprietà, appartengono all' università, e, in quanto all' uso, a ciascun di quelli che la compongono* (a) (*L.* 6, §. 1, *D. h. t. L.* 14, *D. di acquir. rer. domin.*).

(a) Siffatta divisione emana dalla dottrina degli stoici (§. 18), che stabilivano due repubbliche: l' una *massima*, contenente gli dei e gli uomini; l' altra *minore* cui ognuno era ascritto per la condizione della sua nascita, SENECA, *de otio sap. cap.* 31. In queste piccole repubbliche formate da popoli differenti, rinvengonsi delle più piccole, che chiamiamo università, come lo dimostra la cosa istessa. E siccome ciascuna repubblica ha il suo patrimonio, così le cose appartenenti alla repubblica *massima* eran dette COSE COMUNI, quelle della *minore* PUBBLICHE, quelle della più *piccola* dell' UNIVERSITA'. Veggasi GERARD. NOODT,

§. 326. Communes *ergo ex his principiis sunt aer , aqua profluens , mare, et per hoc littora maris,* L. 2, §. 1, D. h. t. §. 1, Inst. h. t. Publicae *flumina , portus , ripae , adeoque cuique permissa piscatio in flumine , navis ad ripam adpulsus , exsiccatio retium , oneris in ripa expositio,* L. 5, pr. D. h. t.; *nisi quis ius piscandi in fluminis diverticulo non interrupto longi temporis exercitio praescripserit,* L. 7, D. de div. et temp. praescr. *Res* universitatis *sunt theatra , stadia , curiae , caenacula ,* L. 6, §. 1, D. eod.

§. 327. *Bona , quae universitas ita adquirit , ut usus non pateat singulis ex ista universitate , non res* universitatis, *sed PATRIMONIUM UNIVERSITATIS vocantur , propter definitionem rerum universitatis , supra datam* (§. 325). *Unde et servus publicus non erat res universitatis , sed in eius patrimonio ,* L. 6, §. 1, D. h. t.

§. 328. *Sed haec principia hodie tantum non ibique deseruntur , quum pleraque , quae pubblica dicuntur iure Romano , imperantes sibi vindicent iique earum rerum usui modum praescribere soleant. Quae de rebus communibus disputantur , commodius reservabimus Pandectis.* (*Vide quae diximus in* Elem. iur. Germ. L. II. tit. 1 §. 1, seq.)

§. 329. *RES PRIVATAE vel SINGULORUM dicuntur,* quae sunt in singulorum patrimonio , sive vere , sive per fictionem. *Quamvis enim v. c. res hereditariae , ante aditionem hereditatis, nullius in bonis sint,* L. 1, pr. D. h. t. , *in plerisque tamen hereditas iacens sustinet personam defuncti ,* pr. Inst. de stipul. serv. L. 16, D. de adquir. rer. domin.

§. 330. *Altera rerum divisio* in res mancipi *et* nec mancipi (*g*) *sublata est a Iustiniano ,* L. un. C. de nud. iure Quirit. toll. *Tertia in CORPORALES et INCORPORALES sequente titulo explicatur. Hinc altera tituli parte potius* de adquirendo rerum dominio , *exemplo IUSTINIANI nostri , erit agendum.*

---

cap. 8 , *qui tamen , veteres aliquando res communes et publicas pro iisdem accepisse docet.*

(*g*) *Res mancipi erant , quae veteribus pretiosissimae , BYNKERSHOEK.* de reb. mancipi et nec mancipi pag. 109; *uti praedia Italica, iura praediorum rusticorum, servi , quadrupedes , quae dorso et collo domantur , hereditas filiifamilias* (§. 136.), *margaritae, PLIN.* Hist. nat. lib. 8 cap. 35 *ULP.* Frag. tit. 19, §. 1. *Ceterae nec mancipi.* (*Fusius haec explicuimus in* Antiq. *nostr.* Rom.)

§. 326. Le *comuni* dunque, secondo gli enunciati princìpi, sono l'aria, l'acqua corrente, il mare e per esso i suoi lidi (*L.* 2 §. 1, *D. h. t.* §. 1, *Inst. h. t.*). Le *pubbliche* sono i fiumi, i porti, le rive, di guisa che ad ognuno è permesso di pescare nel fiume, di approdare con naviglio alla riva, l'asciugarvi le reti, scaricarvi le merci (L. 5, *pr. D. h. t.*); purchè qualcheduno non abbia prescritto il dritto di pescare in un braccio del fiume, mediante un esercizio non interrotto durante un lungo spazio di tempo (*L.* 7, *D. de divers. et tempor. praesc.*). Le cose dell' *università* sono i teatri, gli studi, le curie, le pubbliche trattorie (*L.* 6, §. 1, *D. eod.*).

§ 327. I beni che l' università acquista a condizione che l'uso non sia accordato a ciascun de' membri di essa, appellansi non *cose d'università*, ma PATRIMONIO DI UNIVERSITA', per la definizione delle cose di università di sopra data (§. 325) Da ciò il servo pubblico non era cosa di università, ma patrimonio della stessa (*L.* 6, §. 1, *D. h. t.*).

§. 328. Al presente siffatti princìpi non sono osservati che soltanto in alcuni luoghi, poichè la più parte delle cose che in dritto romano diconsi pubbliche, sono rivendicate da' principi che sogliono regolarne l'uso. Ciò che appartiene alle cose comuni, verrà più opportunamente trattato nelle Pandette (Veggasi ciò che abbiamo detto negli *Elementi del dr. germ. L.*II.*tit.*2.§1,*seq.*).

§. 329. Diconsi cose PRIVATE o de' SINGOLI *quelle costituite nel patrimonio di ciascuno, sia realmente, sia per finzione*. Quantunque, a cagion di esempio, le cose ereditarie prima dell' adizione all'eredità non appartengono al patrimonio di alcuno (*L.* 1, *pr. D. h. t.*), nondimeno in parecchi casi, l'eredità giacente, rappresenta la persona del defunto (*Pr. Inst. de stipul. serv. L.* 61, *D. de acquir. rer. domin.*).

§. 330. L'altra divisione delle cose in quelle *mancipi* e non *mancipi* (*a*) venne da Giustiniano abolita (*L. un. C. de nud. Quirit. jur. toll.*). La terza divisione in cose CORPORALI ed in CORPORALI verrà spiegata nel seguente titolo. Quindi, ad esempio di Giustiniano, tratteremo nella seconda parte di questo titolo de' modi di acquistare il dominio delle cose.

Probabil., *lib.* 1, *cap.* 8, il qoale fa vedere che talora gli antichi confusero le cose *comuni* colle *pubbliche*.

(*a*) Le cose di mancipazioni reputavansi dagli antichi le più preziose (BYNKERSHOEK, *de rebus mancipi et nec mancipi*, p. 109); tali che i poderi in Italia, la servitù de' fondi rustici, i servi, i quadrupedi da soma e da tiro, l'eredità, i figli di famiglia (§. 136), le perle, PLIN. *Hist. Nat. tib.* 9, *cap.* 35; ULP. *Fragm. tit.* 19, §. 1, Le altre cose sono di non mancipazione. Cose tutte ampiamente spiegate nelle nostre *Antichità Romane*.

SECTIO II.

De adquirendo rerum dominio.

§. 331. *Quod circa res versatur, ius aut IN RE, aut AD REM esse dicitur. Vocabula ius canonicum suppeditat*, c. 8, de concess. praeb. in 6. *Distinctionem ipsam ius civile non ignorat*, L. 19, pr. et L. 13, §. 1, D. de damn. inf L. 3, pr. et L. 25, D. de oblig. et action.

§. 332. *IUS IN RE, recte cum GROTIO, definiente ULR. HUBERO*, est facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam. *IUS AD REM* facultas, competens personae in personam, ut haec aliquid dare vel facere teneatur. *Quo pertinent obbligationes, quae proinde personam non egrediuntur. HUBER.* Prael. ad Inst. h. t. §. 12. *De illo sequentibus titulis; de hoc libri tertii titulis postremis et libri quarti prioribus erit agendum.*

§. 333. *Ex priore definitione fluit*: 1 *ius in re non esse momentaneum, nec, re licet surrepta vel deperdita, exspirare. Unde regula*: quod meum est, amplius meum fieri nequit §. 10 Inst. de legat. §. 24, Inst. de act.; 2 *idem ius producere actiones in rem adversus quemcumque possidentem*, L. 25, D. de obl. et act. §. 1, Inst. de act.

§. 334. *Ex quo porro sequitur*, 3 *at species iuris in re sint quatuor. I DOMINIUM, II. HEREDITAS, III. SERVITUS, et IV. PIGNUS*; 4. *ut* possessio, *quia et ius dumtaxat producit momentaneum*, L. 15, D. de adquir. posses., *iuncta*, L. 5, D. de usurp. L. ult. C. qui legit. pers. standi in iud., *nec amissa actione in rem recuperatur*, L. 7, D. de vi et vi arm., *speciebus iuris in re accenseri nequeat* (*a*), *ULR. HUBER.*

(*a*) *Gaudet quidem possessor iure rem retinendi, ast in ipsa re ipsi non est ius possessionis, sed ex titulo, quo possidet, veluti pro suo, pro soluto, pro emptore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote. Potest agere ad recuperandam possessionem amissam, verum non actione in rem, sed personali, interdicto unde vi*, d. L. 7, D. de vi. *Nec interdicta retinendae possessionis sunt actiones in rem, quia qui possidet, in rem agere nequit, nisi unico et ab hoc diverso casu.* §. 2 Inst. de act. *Habet quidem et possessor, amissa possessione, actionem ad exhibendum*, L. 3, §. 12, D. ad exhib.; *sed ea non est actio in rem, verum personalis quamvis in rem scripta, et competit*

SEZIONE II.

De' modi di acquistare il dominio delle cose.

§. 331. Tutto ciò che risguarda le cose, dicesi DRITTO REALE, e PERSONALE. Siffatti vocaboli derivano dal dritto canonico (*Cap.* 8, *de concess. praeb. in* 6 *et cap.* 40 *eod. in* 6); distinzione per altro non incognita al dritto civile (*L.* 19, *pr. e L.* 13, §. 1, *D. de damn. inf. L.* 3 *pr. e L.* 25, *D. de oblig. et act.*).

§. 332. Il DRITTO REALE, come l'ha benissimo definito HUBERO dietro GROZIO, *è una facoltà che compete ad un uomo sopra una cosa senza rapporto ad alcuna determinata persona.* Il DRITTO PERSONALE *è la facoltà che compete ad una persona contro un' altra, perchè questa sia tenuta a dare o fare qualche cosa.* Al dritto personale appartengono le obbligazioni che non estendonsi al di là della persona (HUBER, *Praelect. ad Inst. h. t.* §. 12). Ne' seguenti titoli tratteremo del DRITTO REALE; di quello PERSONALE poi negli ultimi titoli del libro terzo e primo del quarto.

§. 333. Dalla prima definizione ne deriva, 1.° che il dritto reale non sia momentaneo, nè estinguesi, se la cosa venga rubata o dispersa. Dal che la massima: *Ciò ch' è mio non lo può essere maggiormente* (§. 10, *Inst. de legat.* §. 24, *Inst. de act.*); 2.° che il medesimo dritto produca azioni personali contro qualunque possessore (*L.* 25, *D. de obl. et act.* §. 1, *Inst. de act.*).

§. 334. Dal che ne segue, 3.° che le specie di dritto reale sieno quattro, 1.° la PROPRIETA', 2.° l' EREDITA', 3.° la SERVITU', 4.° l'IPOTECA; 4.° che il possesso, comecchè non produce che un dritto momentaneo (*L.* 15, *D. de acquir. possess.* Juncta, *L.* 5, *D. de usurp. L. ult. C. qui legit. pers. stand. in jud.*), e che perduto non puossi acquistare coll' azione personale (*L.* 7, *D. de vi et vi arm.*) non è d' annoverarsi tra' dritti personali (a) (HUBER *Praelect. ad Inst. lib.* 4, *tit.*

(*a*) Il possessore gode senza dubbio il dritto di ritenere la cosa, ma quello del possesso non gli viene dalla cosa stessa, bensì dal titolo in virtù del quale possiede, a cagion di esempio, di proprietà, di pagamento, di compra, di erede, di donazione, di legato, di dote. Per ricuperare il possesso perduto, può agire, non per l'azione reale, ma per la personale che è l' interdetto, *unde vi, d. L.* 7, *D. de vi.* E gl'interdetti (o azioni possessorie) accordati per conservare la possessione, non sono delle azioni reali, perchè colui che possiede non può agire coll'azione reale, eccetto che non si trattasse di un caso unico e differentissimo da questo, §. 2, *Inst. de act.* È vero che il possessore, se ha perduto il possesso, ha l'azione a farsi esibire la cosa, *L.* 3, §. 12, *D. ad exhib.*; quest' azione intanto non è reale, ma personale, benchè designando una cosa, e com-

Prael. ad Inst. Lib. IV. tit. 15, §. 2, et *ZAC. HUBERT.* Lib. II. diss. 5, c. 2 §. 17, seq. *iure canonico tamen possessio quodammodo naturam iuris in re induit.*

§. 335. *DOMINIUM, de quo hic agendum*, est ius in re corporali, ex quo facultas de ea disponendi, eamque vindicandi nascitur, nisi vel lex, vel conventio, vel testatoris voluntas obsistat. *Ita fere MYNSINGERUS ad pr.* Inst. h. t. *immo* et leges nostrae, L. 21, C. mand.; L. ult. C. de reb. alien. non alienand.

§. 336. *Dominium hoc olim, vel QUIRITARIUM erat, vel BONITARIUM: quorum illud* a solis Romanis civibus adquirebatur modis civilibus, *ut hereditate, mancipatione, in iure cessione, usucapione, sub corona emptione, auctione, adiudicatione, et lege, VARR.* de re rust. L. II. c. 10 *ULP.* Frag. tit. 19, §. 2. (*Conf.* Ant. nostr. Rom. h. t. §. 19 seq.). *Hoc autem, nempe bonitarium, et* ab aliis modis quibuscumque naturalibus, adquiri poterat. *Unde et illud ἔννομον LEGITIMUM; hoc φυσικὸν seu NATURALE (a) adpellatur. THEOPH.* §. ult. Inst. de libert. *Sed hanc distinctionem Iustinianus sustulit*, L. un. C. de nud. iur. Quirit. toll. L. un. C. de usuc. transfor. et sub. rer. manc. et nec mancipi.

§. 337. *Hodie doctores dominium in PLENUM, et MINUS-PLENUM partiuntur. In illo facultas de re disponendi, utilitatemque omnem percipiendi, et facultas eandem amissam vindicandi coniunctae; in hoc eadem quodammodo divisae sunt inter* dominum, *penes quem aliquid ex disponendi facultate remansit, et quem DIRECTUM vocant, et eum, cui ius vindicandi et utilitatem omnem capiendi est, quem UTILEM DOMINUM appellant. Huius dominii minus pleni species feruntur, FEUDUM, EMPHYTEUSIS, IUS SUPERFICIEI, in quibus dominium* directum *penes* dominum feudi, dominum emphyteuseos, *et* dominum superficiei; *dominium* utile

---

non solum iis qui ex iure in re experiri decreverunt, verum etiam commodatariis, depositariis, conductoribus, L. 4, D. eod. (*Conf. laudatus ZACH. HUBER.* loc. cit.

(a) *Alio sensu hodie doctores dominium dividunt in CIVILE et NATURAE, et illud tribuunt* marito *in rebus dotalibus, hoc* uxori. *Quamvis enim ille sit dominus*, L. 23, C. de iure dot., *et vi istius dominii rem vindicet*, L. 9, C. de rei vind.; *non potest tamen alienare fundum dotalem* (§. 456.), *et uxoris dominium, constante matrimonio, veluti quiescens, soluto illo reviviscit. Sed quum haec divisio non ad dominium generatim acceptum, sed ad dominium dotis pertineat, ei non immoramur.*

15, §. 2, ZACH. HUBER *lib.* 3, *Dissert.* 5, *cap.* 2, §. 17, *seq.*) Pel dritto canonico intanto il possesso prende in certa guisa il carattere di dritto reale.

§. 335. La PROPRIETA', di cui trattiamo, *è dritto sopra una cosa corporale, dal quale nasce la facoltà di disporne e di rivendicarla, eccetto che o la legge, o la convenzione, o la volontà del testatore non vi si opponga.* In siffatto modo ad un dipresso vien definito da MISINGERO (*ad pr. Inst h. t.*), come pure dalle nostre leggi (*L.* 21, *Cod. mand.*; *L. ult. Cod. de reb. alien. non alienand.*)

§. 336. Il prefato dominio anticamente era QUIRITARIO o BONITARIO. Il primo acquistavasi *da' soli cittadini romani, colle formole prescritte dal dritto civile*, tali che l'eredità, la mancipazione, la cessione in dritto, l'usucapione, la vendita sotto la corona, quella all'incanto, l'aggiudicazione e la legge, (VARRONE *de re rust. lib.* 2, *cap.* 10, ULP. *Fragm. tit.* 19, §. 2, Veg. *Antiqu. roman. h. t.* §. 19 *e sequ.*). Il secondo poi o il dominio bonitario potevasi acquistare mercè tutti gli altri mezzi del dritto naturale. Per siffatta ragione viene da TEOFILO (§. *ult. Inst. de libert.*) il quiritario detto LEGITTIMO (*ennemon*) ed il bonitario NATURALE (*phusikon*) (a). Distinzione affatto soppressa da Giustiniano (*L. unic. Cod. de nud. jur. Quirit. toll. L. unic. C. de usucap. transf. et sub. rer. manc. et nec mancipi.*).

§. 337. I giureconsulti distinguono al presente il dominio in PIENO e MENO-PIENO. Il primo dà sì la facoltà di disporre della cosa e di percepirne l'utile, come quella di rivendicarla allorchè è perduta; il secondo divide gli stessi dritti tra 'l padrone, presso cui resta una porzione della facoltà di disporre, e che nominasi padrone DIRETTO, e quello cui appartiene il dritto di rivendicare, e di cavare tutto l'utile dalla cosa, e che dicesi PROPRIETARIO UTILE. Vi sono varie specie di questo dominio meno-pieno, tali che il FEUDO, l'ENFITEUSI, il DRITTO DELLA SUPERFICIE, nelle quali il dominio diretto appartiene al padrone del feudo, o dell'enfiteusi, o della superficie; e quello *utile* al *vassallo*, all'*enfiteuta*,

---

pete non solo a coloro, che hanno intenzione di agire mercè di un dritto reale, ma altresì a' commodatari, a' depositari, a' locatori, *L.* 4, *D. eod.* Veggasi il prelodato ZACH. HUBER già citato l. c.

(a) Al presente i giureconsulti in altro senso dividono il dominio in CIVILE e NATURALE; attribuiscono il primo al marito, sulle cose dotali, e il secondo alla moglie. Avvegnachè, sebbene il marito sia il padrone della dote, *L.* 23, *C. de jur. dot.*, e che in virtù di questo dritto possa rivendicare la cosa, *L.* 9, *C. de rei vind.* nondimeno non può alienare il fondo dotale (§. 465); e il dominio della moglie, come sopito durante il matrimonio, riprende il suo vigore appena che lo stesso è disciolto. Ma siccome siffatta distinzione non risguarda il dominio in generale, ma quello della dote, non vi ci distendiamo dippiù.

penes vassallum emphyteutam, *et* superficiarium *esse dicitur. Res non absurda, quamvis vocabula ius nostrum ignoret.*

§. 338. *Sed* feuda *iure romano ignota. De* emphyteusi *et superficie alibi erit dicendi locus. Ipsa vocabula, semel in artem recepta, nec in libris nostris occurrunt, nec admodum concinna videntur. Quum res ipsa tamen fundamento non destituatur* (§. 337.): *licebit per nos elegantiae studiosioribus dominium utile* ius dominio proximum, *vel* quasi-dominium *adpellare.*

§. 339. *Potius ad caussam dominii progredimur, quae vel* remotior, *vel* proxima *est. Illa TITULUS dicitur* ad trasferendum dominium habilis, *veluti pro empto, pro legato, pro donato, pro soluto, pro dote, pro suo, pro derelicto, pro permutato, pro transacto, pro adiudicato* (*a*), *qui omnes* ἀμέσως *ius ad rem tantum, non dominium operantur* (*b*), Lib. 20 C. de pact. *Haec vocat MODUS ADQUIRENDI, et* ἀμέσως *aliquem constituit dominum.*

§. 340. *MODI ADQUIRENDI duorum generum sunt. Quarumdam enim rerum dominium IURE NATURALI vel GENTIUM; quarumdam vero IURE CIVILI nanciscimur* (§. 336), §. 11, Inst. h. tit. (*Conf.* Elem. iur. Germ. Lib. II. tit. 3 §. 49. seq.)

§. 341. *Modi adquirendi IURIS NATURALIS recte a GROTIO*, L. II. c. 3 §. 1, *dividuntur in* originarios, et derivativos. *ORIGINARIIS ab initio proprietas in rem nullius introducitur; DERIVATIVIS dominium iam constitutum ab uno in alium transit. Illos PUFENDORFIUS*, L. IV. cap. 6, §. 1, *denuo vel* simpliciter tales *esse ait, quibus ipsum corpus adqui-*

(*a*) *Habentur hi TITULI plerique in digestis* lib. 41, tit. 4 et seq., *nec non in* L. 17, D. de usurp. *et* usuc., *ubi titulus pro* adiudicato *occurrit, qui tamen simul est modus adquirendi, ut scholio sequente* ** *n.* 3 *ostendemus. Titulos* pro permutato, et pro transacto *doctores adiiciunt. Omisimus vero nos titulum* pro herede, *vel* pro possessore, *qui L.* 41, D. tit. 6 *describitur: quia heres transit in ius defuncti, adeoque rem hereditariam non novo hereditatis titulo possidere incipit, sed eodem, quo possederat defunctus* L. 11, D. de divers., temp. praescr. L. ult. C. pro hered. L. 4, C. de praescr. longi temp. *Quo sensu autem possit pro titulo haberi, ad Pandectas dicemus.*

(*b*) *Nec ullum aliud ius in re solus titulus dat, quippe quod a traditione demum vel quasi-traditione incipit. Excipiuntur tamen*, 1 *IUS HYPOTHECAE, quod solo pacto constituitur*, L 1, pr. D. de pign. act.; 2 *SERVITUTES NEGATIVAE, quae nec quasi-traditionem admittunt*; 3 *RES IUDICIO duplici IUDICATAE*, §. fin. Inst. de offic. ind. *ULP.* tit. 19, §. 16; 4 *ADQUISITAE PER ULTIMAM VOLUNTATEM, quae statim pleno iure adquiruntur, et nondum facta traditione vindicantur*, C. ult. D. de serv. leg. L. 19, §. 1, D. quemadm. serv. amitt.

e al *proprietario delle superficie*. La cosa non è assurda, benchè nel dritto romano sono ignoti siffatti vocaboli.

§. 338. I feudi erano incogniti al dritto romano; dell'*enfiteusi* e della *superficie* ne tratteremo altrove. Li prefati vocaboli divenuti tecnici non rinvengonsi ne' nostri libri, e sembrano impropri. Siccome la cosa stessa non è priva di fondamento (§. 337), permettiamo a coloro che preferiscono termini eleganti ed esatti di chiamare dominio utile un *dritto prossimo alla proprietà* o un *quasi-dominio*.

§. 339. Passiamo piuttosto a trattare della causa del dominio, la quale è *remota* o *prossima*. La prima appellasi *titolo proprio a trasferire il dominio*, come la compra, il legato, la donazione, il pagamento, la dote, la proprietà, la caducità, la permuta, la transazione, l'aggiudicazione (*a*), le quali cose tutte danno un dritto mediato alla cosa, e non al dominio (*b*) (*L.* 20, *Cod. de pact.*). La causa prossima del dominio dicesi *modo di acquistare*, e rende immediatamente proprietario.

§. 340. I modi di acquistare sono di due specie. Imperocchè il dominio di alcune cose acquistasi mediante il dritto naturale o delle genti; di alcune altre mediante quello civile (§. 335) (§. 11, *Inst. h. t.* Veggansi gli *Elementi del dritto germanico* lib. 2, tit. 3, §. 49. *seq.*).

§. 341. I modi di acquistare il dritto naturale saviamente sono stati divisi da GROZIO (*lib.* 2, *cap.* 3, §. 1,) in *originari e derivativi*. Gli ORIGINARI danno primitivamente la proprietà di una cosa che non appartiene ad alcuno; i DERIVATIVI fan passare da una persona in un'altra una proprietà di già stabilita. PUFFENDORFIO (*lib.* 4, *cap.* 6, §. 1) chiama puramente originati i modi co' quali acquistiamo il corpo stes-

---

(*a*) La maggior parte di questi titoli rinvengonsi nel *D. lib.* 41, *tit.* 4, *e sequ.* non che nelle *L.* 17, *D. de usurp. et usucap.* ove ritrovasi il titolo detto l'*aggiudicazione*, il quale è altresì una maniera immediata di acquistare la proprietà come dimostreremo nella nota seguente, n. 3. I giureconsulti vi aggiungono i titoli di permuta e di transazione. Abbiamo omessi i titoli, in qualità di erede, e in qualità di possessore che trovansi al *D. lib.* 41, *tit.* 6, perchè l'erede subentrando ne' dritti del defunto, comincia a possedere la cosa ereditaria, non pel nuovo titolo di eredità, ma per quello stesso che possedeva il defunto, *L. ult. Cod. pro herede*, *L.* 4, *de praescr. longi temporis*. In qual senso si possa risguardare come titolo le diremo nelle Pandette.

(*b*) Il solo titolo non dà il dritto reale, poichè non ottiensi che per tradizione, o per quasi-tradizione. Eccettuasi intanto 1.° il *dritto d'ipoteca* che stabiliscesi col solo patto, *L.* 1, *pr. D. de pign. act.*; 2.° *le servitù negative* che non ammettono la quasi-tradizione; 3.° *le cose aggiudicate in seguito dell'azione reciproca di divisione di comunità, di divisione, di eredità e di limiti territoriali*, §. *fin. Inst. de offic. jud.* ULP. *tit.* 19, §. 16, 4.° le cose *acquistate per ultima volontà* o che acquistansi subito di pieno dritto, e che possonsi rivendicare, pria che la tradizione sia stata fatta, *L. ult. D. de serv. leg. L.* 19, §. 1, *quemad. serv. amitt.*

rimus; *vel* secundum quid, *quibus incrementum aliquod ad rem nostram adiungitur.* Simpliciter originarius *modus est OCCUPATIO*; secundum quid *talis ACCESSIO*: derivativus *TRADITIO* (*Conf.* Elem. iur. nat, et gent. Lib. I. §. 239 seq.).

§. 342. *OCCUPATIO est* adprehensio rerum corporalium nullius, cum animo sibi habendi. *NULLIUS vero hic esse censentur*, quae vel natura non sunt in dominio, vel pro derelictis habita, in dominio esse desierunt, *id est*, eo animo abiecta a domino, ut ea in numero rerum suarum amplius esse nolit, §. 46, Inst. h. t. L. 1 et 2 §. 1 *L.* 5, §. 1 D. pr. derel. (*Conf.* Elem. iur. nat. et gent. l. 1, §. 241. seq.)

§. 343. *Ex quo sequitur*, *ut* 1. *ea*, *quae nullius sunt*, *cedant occupanti*, L. 3, pr. D. de adquir. rer. dom.; 2. *ut occupatio fiat animo, et actu corporali simul*, L. 3, §. 1, de adquir. vel amitt. possess.; 3 *ut quae custodia coerceri nequeunt*, *nec occupari possint*, §. 12, Inst. h. t. L. 13, §. 2, D. de adquir. rer. dom.

§. 344. *Species occupationis feruntur VENATIO, quo et* aucupium *et* piscatio *referuntur*, *OCCUPATIO BELLICA*, *et INVENTIO.*

§. 345. *VENATIO est* occupatio ferarum bestiarum (*a*), sive terrestrium, sive volucrium, sive piscium, quippe quae nullius sunt (§. 342), L. 1, §. 1 D. de adquir. rer. dom. §. 12, Inst. h. t. *Non ergo venamur bestias mansuetas*, L. 5, §. 6, D. eod. *nec mansuefactas*, *aliter quam si animus revertendi deposuerint*, L. 4 et 5, §. 5, D. de adquir. rer. dom. §. 15, Inst (*Conf.* Elem. iur. nat. et gent. l. 1 §. 244 seq.).

§. 346. *Quum ergo ferae bestiae veteribus iure gentium visae sint nullius* (§. 345, 1), §, 12, Inst. h. t. L. 3, pr. §. 1, D. de adquir. rer. dom., *consequens est*: 1. *ut captae statim nostrae fiant* (§. 343, 1) L. 1, §. 1, D. eod.; *adeoque*, 2 *capi possint non modo in fundis nostris*, *sed et alienis*, *dum ne dominus ingredientes nos prohibeat*, L. 3, §. 1, D. adquir. rer. dom.; 3. *ut capi non possint*, *vivariis*, *alveariis*, *vel pi-*

(*a*) *FERAE bestiae sunt*, *quae libere vagantur*, *nec sine vi occupantur*, *quo iura nostra et apes*, *columbas*, *pavones referunt*, §. 14, 15. Inst. h. t.: *quamvis magis mansuefactis accenseri posse videantur. MANSUEFACTAE enim ferae sunt domi nostrae cicuratae*, *uti cervi*, *columbae*, *pavones*, *apes. MANSUETAE*, *animalia domestica*, *ut anseres*, *gallinae*, §. 16. Inst. h. t.

so; e relativi quelli mediante i quali aggiungesi qualche cosa alla nostra proprietà. Il modo puramente originario è l'OCCUPAZIONE; il derivativo è la TRADIZIONE (Veggansi gli *Elementi del dritto di natura e delle genti* lib. 1, §. 239 *seq.*).

§. 342. L'OCCUPAZIONE *è il prender possesso delle cose corporali non appartenenti ad alcuno coll'intenzione di esserne il proprietario. Le cose che quì risguardansi non appartenere ad alcuno sono quelle che o per natura non trovansi sotto dominio, o che cessarono di essere sotto dominio, perchè abbandonate dal padrone coll'intenzione di non più averle tra'suoi beni* (§. 46, *Inst. h. t. L.* 1 e 2, §. 1, *L.* 5, §. 1, *D. pro derel.* Veggansi gli *Elementi del dritto di natura e delle genti l.* 1. §. 241.).

§. 343. Dal che ne segue 1.° che le cose non appartenenti ad alcuno, acquistansi occupandole (*L.* 3, *pr. D. de acqu. rer. domin.*); 2.° che l'occupazione esige che si faccia nello stesso tempo colla intenzione e coll' atto corporale (*L.* 3, §. 1, *D. de acquir. vel amitt. possess.*); 3.° che le cose incapaci di custodia non si possono occupare (§. 12, *Inst. h. t. L.* 13, §. 2, *D. de acquir. rer. domin.*).

§. 344. Le specie dell' occupazione sono la CACCIA, cui riferiscono altresì l'UCCELLAZIONE e la PESCA; il BOTTINO fatto sul nemico, e l' INVENZIONE.

§. 345. La CACCIA è l' occupazione delle bestie selvagge (*a*), sieno terrestri, sieno volatili, sieno pesci, perchè cose a ninno spettanti (§. 342) (*L.* 1, §. 1, *D. de acqu. rer. dom.* §. 12, *Inst. h. t.*). Siccome gli animali domestici sia mansueti, sia mansuefatti non sono oggetti di caccia (*L.* 5, §. 6, *D. eod.*), eccetto che non abbiano perduta l' assuefazione di ritornare (*L.* 4 e 5, §. 5, *D. de acqu. rer. dom.* §. 15, *Inst. h. t.* Veggansi gli *Elementi del dritto della natura e delle genti. l.* 1. §. 244).

§. 346. Siccome gli antichi per dritto delle genti risguardavano le fiere come non appartenenti ad alcuno, (§. 345, 1.°)(§. 12, *Inst. h. t. L.* 3, *pr.* §. 1, *D. de acquir. rer. domin.*), ne segue: 1.° che appena prese divengano nostre (§. 343, 1) (*L.* 1, §. 1, *D. eod.*); di guisa 2.° che possonsi prendere sul nostro territorio e su quello di un altro, purchè il padrone non ce ne vieti l' ingresso (*L.* 3, §. 1, *D. de acqu. rer. domin.*); 3.° che non possonsi prendere allorchè sono rinchiuse ne' vivai, serbatoi, alveari o pischiere, perchè non sono delle cose apparte-

---

(*a*) Le BESTIE SELVAGGE son quelle che liberamente vagano, delle quali ce ne rendiamo padroni mercè la forza, tali sono nel nostro dritto le api, i colombi, i pavoni, §. 14, 15 *Inst. h. t.* benchè sembrino doversi piuttosto annoverare tra le bestie mansuefatte, perchè si sono abituate alle nostre case, tali che i cervi, i colombi, i pavoni, le pecchie. Le bestie PRIVATE sono gli animali domestici come le oche, le galline §. 16. *Inst. h. t.*

scinis inclusae; *quia non sunt nullius* (§. 343, 1°), L. 3, §. 14, D. de adqu. vel amitt. possess.; 4. *ut qui animalia mansueta aut mansuefacta intercipit, furtum committat, ob eamdem rationem*, L. 5, §. 6, L. 44, D. de adqu. rer. dom. §. 16, Inst. h. t.; 5. *ut vulneratio non sufficiat, nisi sequatur adprehensio, vel manu, vel laqueis, aliisque instrumentis facta*, L. 5, §. 1 L. 55, D. de adqu. rer. dom. §. 13, Inst. h. t.

§. 347. *Illud singulare est, quod ferae, simul ac custodiam nostram evaserunt, nostrae non maneant, sed libertatem pristinam recuperare, atque hinc occupanti cedere dicantur* §. 12, Inst. h. t., *quum alias res amissae nostrae maneant, et a quovis recte vindicentur* (§. 333, 1) *Vid. GROT.* Lib. II. cap. 8. §. 3. *Ex quo infertur, et examen apium eo usque nostrum intelligi, dum in cospectu nostro sit, nec difficilis videatur eiusdem persequutio*, §. 14 Inst. h. tit.

§. 348. *OCCUPATIONE BELLICA adquiruntur* personae et res hostium, quae capiuntur, *quippe ex principiis iuris Romani res nullius* (*a*) L. 1, §. 1, D. de adquir., vel amitt. possess. *WESTEMB*, *Princip. jur. D. ad tit. de adquir. rer. domin.* §. 39. *Ex quo principio infertur*: 1 *ea quae ab hostibus capimus* (*non quae bello civili*, L. 21, §. 1, D. de capt. et postlim., *iure gentium statim nostra fieri*, L. 5 §. ult. D. de aquir. rer. domin. §. 17, Inst. h. t.; 2 *quumque et nos hostes simus*, *ius esse et hostibus nostris capta recuperandi, et erepta denuo, eripiendi*, *PUFENDORF.* de iur. nat. et gent. lib. 4, c. 6 §. 14; *adeoque* 3 *non prius res captas nostras intelligi, quam si intra praesidia nostra fuerint perlatae* L. 5. §. 1, D. de capt. et postlim.; 4. *milites stipendiarios, qui res capiunt, esse in ministerio imperantium, adeoque eos res pubblico belli actu captas non sibi, sed reip. adquirere, et hinc peculatus reos esse, si quid sibi retineant.* L. penult. D. ad leg. Iul.

(*a*) *Apposite eam in rem PUFENDORF.* de iur. nat. lib. 4, cap. 6. §. 14. Sciendum est, per statum hostilem, uti cetera iura pacifica, ita et effectum dominii rumpi hactenus, ut non amplius quis teneatur ab istius (hostis) rebus manus abstinere, nisi qua humanitas suaserit. In bello ergo res hostium in ordine ad alium hostem redduntur velut dominio vacuae; non quod hostes per bellum ipso iure rerum suarum domini esse desinant, sed quia illorum dominium non obstat hosti; quominus eas res auferre, sibique habere possit. Prorsus uti ad rei vacuae dominium adquirendum sola adprehensio sufficit. (*Vide quae diximus in* Elem. iur. nat. et gent. l. 1 §. 247.)

nenti ad alcuno o di prima occupazione (§. 343, 1.°)(*L.* 3, §. 14, *D. de adquir. vel amitt. posses.*); 4.° che colui che appropriasi animali domestici mansueti o mansuefatti, commette per la stessa ragione un furto (*L.* 5, §. 6, *L.* 44, *D. de adquirendo rer. domin.* §. 16, *Inst. h. t.*); 5.° che non basta ferire l' animale, se non segue l' occupazione o colle mani, e con lacci, o con qualunque altro stromento (*L.* 5, §. 1, *L.* 55, *D. de adquir. rer. domin.* §. 13, *Inst. h. t.*).

§. 347. Ciò ch' evvi di particolare alle fiere, che una volta sfuggite dalla nostra custodia non sono più nostre, ma acquistano la primiera libertà, e per conseguenza divengono del primo occupante (§. 12, *Inst. h. t.*); mentre qualunque altra cosa perdiamo è sempre nostra, e si può rivendicare da chiunque la possiede (§. 333, 1) (veg. GROZIO, lib. 2, cap. 8, §. 3.). Dal che conchiudesi che uno sciame di api è sempre di nostra proprietà finchè è sotto la nostra vista, e non ne sembri malagevole il riacquisto (§. 14, *Inst. h. t.*).

§. 348. Coll' OCCUPAZIONE BELLICA acquistansi le persone e le cose de' nemici, allorchè si prendono, perchè secondo il dritto romano sono delle cose che non appartengono ad alcuno (*a*) (*L.* 1, §. 1, *D. de acquir. vel amitt. poss.* WESTEMB, *Princip. jur. D. ad tit. de adqu. rer. dom.* §. 39); da siffatto principio ne risulta: 1.° che tutto ciò che prendiamo sul nemico (non in una guerra civile) (*L.* 21, §. 1, *de capt. et postlim.*), tosto per dritto delle genti divien nostro (*L.* 5, §. *ult. D. de adquir. rer. dom.* §, 17, *Inst. h. t.*); 2.° che reciprocamente siccome noi siamo nemici de' nostri nemici, hanno essi il dritto di riprendere e di riacquistare ciò che li avevamo tolto (PUFFEND. *de jur. nat. et gent. lib.* 4, *c.* 6, §. 14): 3.° che il bottino non ci appartiene se non quando sia stato trasportato nelle nostre fortezze (*L.* 5, §. 1, *D. de capt. et poslim.*); 4. che i soldati stipendiati che prendono il bottino dal nemico sono gl' istrumenti de' generali ed acquistano non per essi, ma per lo stato, e per conseguenza sono colpevoli di peculato, allorchè ritengono qualche cosa per loro (*L. pen. D. ad L. Jul. peculat.*); 5.° che gl' immobili non appartengono al soldato, ma allo sta-

---

(*a*) PUFFENDORFIO (*de jur. nat. et gent. lib.* 4, *cap.* 6, §. 14), a tal proposito saggiamente dice ,, È da sapersi che lo stato di guerra in quel modo che interrompe tutt' i dritti della pace, interrompe del pari l' effetto del dominio, di guisa che non si è tenuto di astenersi d' imposessarsi delle robe del nemico, se non per quanto ci detta la voce dell' umanità. Sicchè nella guerra le cose del nemico in quanto all' avversario sono beni vacanti, non perchè i nemici colla guerra cessino di essere di pieno dritto i proprietari de' loro beni, ma perchè il loro dominio non vieta al nemico di prenderli ed appropriarsene. Risguardandosi dunque siffatti beni come vacanti in istato di guerra, la sola occupazione basta per acquistarne il dominio. ,, Veggasi quel che abbiamo detto negli *Elementi del dritto di natura e delle genti* l. 1. c. §. 247.

peculat.; 5. *immobilia non cedere militibus, sed reipubblicae, et hinc agrum hosticum publicari*, L. 20, §. 1. D. de capt. et postlim.; 6. *ex mobilibus ea relinqui militibus, quae permittente imperatore, praedam agentes ceperint*, L. 36, §. 1, C. de donat.

§. 349. *Quumque hosti idem ius sit recuperandi, quod nobis eripiendi* (§. 348, 2), *consequens est*, 7 *ut si personae ac res captae vel se subducant, vel recuperentur, illae libertatem recipiant, hae ad priores dominos revertantur*, *IURE POSTLIMINII*, L. 7 et 19, D. de capt. et postlim. *Quod ius in bello obtinet: in pace non aliter, quam si in pacis conditionibus de reddendis captivis convenerit, hique redierint*, (*a*) L. 20, pr. L. 28, D. eod., *vel si redimantur*, L. 11, §. 11, D. eod.

§. 350. *INVENTIONE adquiruntur* res, quae vel sua natura nullius, vel pro derelictis habitae (§. 342), adprehenduntur (§. 343, 1.) L. 1, §. 1, L. 3, D. de adqu. vel. amitt. poss. *Quum ergo res sua natura nullius, cedant occupanti* (§. 343 1): *recte infertur, lapillos, gemmas, aliaque in littoribus inventa, et ab aliis nondum occupata, iure gentium invenientis fieri*, §. 18, Inst. h. t. L. 1, D. de adquir vel amitt. possess. (*Conf.* Elem. iur. nat. et gent. l. 1 §. 248. seq.).

§. 351. *Quumque et res pro derelictis habitae occupanti cedant* (§. 342), *sequitur*: 1 *ut et thesaurus* (*b*), *cuius non extat memoria*, L. 31, §. 1, D. de adquir. rer. dom. L. un. C. de thesaur., *a nobis in loco nostro sine artibus magicis inventus, nobis adquiratur*, §. 39, Inst. h. t. L. 63, pr. D. de adquir. rer. domin. L. un. C. de thesaur; *nam* 2 *in loco alieno, sive privato, sive publico, fortuito inventus, ex dimidia parte inventori, ex dimidia domino vel reip. iure accessionis cedit*; 3. *data opera in fundo alieno quaesitus et inventus totus domini*

(*a*) *Nec obstat* L. 12, pr. D. de capt. et postlim. *Eam enim non de his, qui pace facta se subducunt, et furtum sui ipsius committunt, sed de iis, qui bello subito exorto, apud hostes deprehenduntur, loqui praeclare docuit BYNKERSHOEK*. Obs. lib. 1, cap. 20, pag. 81.

(*b*) *In iure haec adquisitio aliquando accessionibus accensetur, ut* §. 39, Inst. h. t.; *aliquando inventionibus, ut* L. 31, §. 1, D. de adquir. rer. domin. *Sed haec nec ἀντινομίαν* legum contrarietatem, *nec dissensum ICtorum arguunt. Fundi dominus partem suam adquirit iure accessionis, si alius fortuito invenerit; iure occupationis et accessionis si ipse invenerit. Qui in alieno fundo inventi partem accipit, eam capit solo iure occupationis. Potest ergo diverso respectu ad utramque referri.*

to, e che per conseguenza vendonsi a suo profitto le campagne nemiche (*L.* 20, §. 1, *D. de capt. et postlim.*); 6.° delle cose mobili appartengono al soldato quelle prese col saccheggio, autorizzato dal generale (*L.* 36, §. 1, *Cod. de donat.*).

§. 349. Siccome il nemico ha lo stesso dritto di riprendersi ciò che gli abbiamo tolto (§. 348, 2.°), ne segue 7.° che se le persone del pari che le cose involansi o vengono ricuperate, le prime riacquistano la libertà e le seconde ritornano agli antichi padroni pel dritto di POSTLIMINIO (*L.* 7 e 19, *de capt. et postlim.*) Tale è il dritto della guerra. Nella pace i prigionieri non divengono liberi se non quando tra le condizioni della pace si è convenuto di restituirli, o che siansi liberati (*a*) *L.* 20, *pr. L.* 28, *D. eod.*), o che siano stati riscattati (*L.* 11, §. 21, *D. eod.*).

§. 350. Coll'INVENZIONE acquistansi le cose che per loro natura non appartengono ad alcuno, o vengono occupate perchè risguardate come abbandonate (§.342) (*L.* 1, §. 1, *L.* 3, §. 3, *D. de acqu. vel amitt. poss.*). Siccome dunque la cosa che non appartiene ad alcuno, acquistasi dall'occupante (§. 343 1.°), da ciò giustamente conchiudesi che le pietre preziose, le perle, e tutto ciò che rinviensi su'lidi del mare, allorchè non sono occupate, appartengono pel dritto delle genti a colui che le trova (§. 18, *Inst. h. t. L.* 1, *D. de adquir. vel amitt. possess.* Veggansi gli *Elem. del dr. di nat. e delle genti l.* 1. §. 248.).

§. 351. Le cose abbandonate appartenendo al primo occupante (§. 343), ne segue: 1.° che un tesoro (*b*) già dimenticato (*L.* 31, §. 1, *D. de adquir. rer. dom. Leg. un. Cod. de thesaur.*), ritrovato in un luogo di nostra partinenza senza arte magica, diventa nostro (*L.* 39, *Inst. h. t. L.* 63, *pr. D. de acquir. rer. dom. L. unic. C. de thes.*); che 2.° il tesoro rinvenuto casualmente in un luogo straniero di partinenza particolare, o dello stato, spetti per metà all'inventore, e per metà al padrone del luogo od allo stato per dritto di accessione; 3.° che il tesoro rinvenuto ad arte nel fondo altrui appartenga

---

(*a*) Non osta la *L.* 12. *pr. D. de capt. et postlim.*; imperocchè non parla di coloro che sottrangonsi dopo fatta la pace, e commettono il furto di loro stessi, ma di coloro che nel momento in cui si è dichiarato la guerra trovandosi presso il nemico sono fatto prigionieri, come saviamente ha fatto osservare BYNKERSH. *Obs. lib.* 1, *cap.* 20 *p.* 81.

(*b*) Nelle leggi l'acquisto del tesoro è talora annoverato tra le accessioni, §. 39, *Inst. h. t.* talora tra l'invenzioni, *L.* 31, §. 1, *D. de adquir. rer. dom.* Non evvi nè *antinomia*, nè diversità di opinione. Il padrone del fondo acquista la sua parte, in virtù del dritto di accessione, allorchè un altro ha rinvenuto il tesoro per azzardo; l'acquista per dritto di occupazione se lo trova lui stesso. Colui che riceve una parte di ciò che ha rinvenuto nel fondo altrui, l'ha pel solo dritto di occupazione. Siffatto acquisto risguardato sotto differenti rapporti si può riferire all'uno ed all'altro modo.

est, *et inventor*, *tanquam qui rem alienam contrectavit*, *punitur*; 4. *artibus odiosis quaesitus*, *atque inventus a fisco eripitur*, §. 39, Inst. h. t. L. 63, D. de adquir. rer. dom. L. un. C. de thesaur. L. 3, §. pen. de iur. fisc.

§. 352. *Et quia nemo dereliquisse rem intelligitur*, *nisi qui eo abiecit animo ut eam in rerum suarum numero esse nolit* (§. 342), *infertur inde*: 1 *occupanti non cedere res amissas*, *veluti de rheda currente cadentes*, §. 47, Inst. h. t. §.; 2. *ab alio vindicari non posse oves*, *aliaque pecora*, *nobis a lupis erepta*, L. 8, §. ult de famil. ercisc; 3. *bona quoque naufragorum*, *vel res levandae navis caussa eiectas*, *non posse ab alio occupari*, L. 21, §. 1, D. de adquir. possess. L. 8, D. ad L. Rhod. L. 9, §. ult. D. de adquir. rer. domin. L. 43, §. 4 seq. D. et aut. Navigia C. de furt.

§. 353. *Hactenus de OCCUPATIONE*, *ejusque speciebus* (§. 342 *et* 344). *Sed ab his principiis tantum non ubique hodie receditur. Venationes enim plerumque ad solos imperantes*, *eosque*, *quibus illae vel in feudum datae*, *vel privilegio concessae sunt*, *pertinent. Militibus conductitiis raro pars praedae conceditur*; *saepius*, *iis*, *qui sponte castra sequuntur*, *ut praedatum exeant*, *vel qui mandante rep. navibus armatis hostilibus navibus insidiantur*, *easque intercipiunt. Res in littore maris inventas multis locis fiscus sibi vindicat. Nec ignotum*, *eundem in Dania*, *aliisque quibusdam locis*, *occupare bona naufragorum. Aliud in Frisia nostra.* Statut. L. 1. tit. 24, §. 13, *ZACH. HUBER.* Obs. rer. indicat. obs. 10. (*Conf.* Elem. iur. Germ. lib. 2. t. 2. §. 51. seq.)

§. 354. *Alter modus originarius est ACCESSIO*, *id est*, ius adquirendi, quod rei nostrae adiungitur, incrementum (§. 341): *eaque recte a doctoribus in NATURALEM*, *INDUSTRIALEM*, *et MIXTAM dividitur. Quidquid enim vel naturae beneficio*, *vel arte*, *atque industria rei nostrae accedit*, *nostrum fit* (*Conf.* Elem. iur. natur. et gent. l. 1. §. 250. seq.).

§. 355. *NATURALIS ACCESSIONIS modi sunt varii*, *veluti FOETURA*, qua quidquid ex ventre in dominio nostro constituto nascitur, nostrum est (*a*), L. 4. et. 6. D. de adquir.

(*a*) *Generatim enim id principium cum stoicis commune habebant veteres ICti* (§. 18*), *foetum in utero non esse animal*, *sed partem ventris: Uti enim Stoici embryonem vocabant* μέρος τῆς γαστρὸς, *οὐ* ζῶον *PLUTARCH. de* placit. phil. lib. 5, cap. 15. et 26. *SENEC.*, epst. ult., *ita ICtis ille non erat homo*, L. 9, D. ad L. Falcid., *sed mulieris vel viscerum portio*, L. 1, §. 1, D. de ventr. insp., *non animal*, *sed spes animantis*, L. 2, D. de mort. infer. *MERILL.* Obs. lib. 1, cap, 16.

nella totalità al proprietario del fondo, e l'inventore è punito come colui che si è impadronito della cosa altrui; 4.° che il tesoro ritrovato con mezzi odiosi è confiscato a beneficio dello stato (§. 39, *Inst. h. t. L.* 63, *D. de adquir. rer. dom. L. un. Cod. de thesaur. L.* 3; §. *pen. D. de jure fisci.*).

§. 352. Siccome presumesi che niuno abbia abbandonato la sua cosa, se non perchè la rigetta nell'idea di non più contarla tra'suoi beni (§. 342), ne segue: 1.° che l'occupazione non ci renda padroni delle cose perdute, a cagion di esempio, degli oggetti caduti da una vettura in cammino (§. 47, *Inst. h. t.*); 2.° che le pecore ed altri animali involatici da' lupi non si possono occupare da altro (*L.* 8, §. *ult. D. famil. ercisc.*); 3.° che gli oggetti de' naufragii, o le cose gettate per alleggerire i legni, non possonsi da altri acquistare mercè l'occupazione (*L.* 21, §. 1, *D. de acqu. poss. L.* 8, *D. ad L. Phod. L.* 9, §. *ult. D. de acquir. rer. dom. L.* 43, §. 4, *sequ. D. et auth.* Navigia, *C. de furt.*)

§. 353. Finora dell'OCCUPAZIONE e delle sue specie (§. 342, e 344); ma al presente in molti luoghi gli enunciati principi sono poco in uso. Avvegnachè la caccia per lo più appartiene a' soli regnanti, o a coloro che l'hanno per dritto feudale, o per ispecial privilegio. Di rado si dà parte del bottino alle truppe assoldate, più volentieri compartesi a coloro che arrollansi volontariamente per speranza di saccheggio, ed a quelli che per ordine dello stato armano delle navi da corsari per attaccare e predare quelle nemiche. In molti paesi ciò che trovasi su' lidi del mare appartiene al fisco, e si sa che nella Danimarca ed in altri paesi il fisco appropriasi i beni de' naufragati, ma nella nostra Frisia è tutt'altro (*Statut. Leg.* 1, *tit.* 24, §. 13, ZACH HUBER *Observ. rer. jud. obs.* 10.) (Veggansi gli *Elementi del dr. germ. lib.* 2, *tit.* 2 § 51 *sequ.*

§. 354. L'altro modo originario è l'ACCESSIONE, cioè il *dritto di acquistare l'accrescimento che si aggiunge alla nostra cosa* (§. 341); e rettamente dividesi da'giureconsulti in NATURALE, INDUSTRIALE e MISTA, poichè tutto ciò che o per beneficio di natura, o per effetto di arte o in virtù d'industria, aggiungesi alla nostra cosa, diventa nostro.

§. 355. I modi dell'ACCESSIONE NATURALE sono di varie specie come il VENTRE PREGNANTE, pel quale tutto ciò che nasce dal ventre che è in nostro dominio ci appartiene (*a*) *L.* 4 e 6, *D. de adquir. rer. domin.* (*L.* 5, §. 2, *D.*

(*a*) In generale gli antichi giureconsulti aveano comune cogli stoici il principio (§. 18*) che il feto nell'utero non fosse un animale, ma parte del ventre. Imperocchè al pari degli stessi chiamavano l'embrione *parte del ventre e non un animale*, PLUTARCO *de placitis phil. lib.* 5, *cap.* 15 e 26; SENECA *Epist. ult.* così i giureconsulti non dicevano che il feto era uomo, *L.* 9, *D. ad L. Falcid.* ma parte della donna e delle sue viscere, *L.* 1, §. 1, *D. de ventre insp.* non un animale ma speranza di essere animato, *L.* 3, *D. de mort. infer.* MERILLO, *Obs. lib.* 1, *cap.* 16.)

rer. domin. I. 5. §. 2. D. de rei vind. *INSULA in flumine nata*, L. 30, §. 2, D. eod. *ALLUVIO, id est,* incrementum beneficio fluminis pedetentim et latenter adiectum, §. 20, Inst. h. t. *VIS FLUMINIS*, incrementum semel et simul adiectum §. 21, Inst. eod, *et ALVEI MUTATIO*, §. 23, Inst. eod.

§. 356. *Ex his vero sequitur* : 1 *ut quidquid ex animalibus nascitur, sit domini ventris* §. 19, Inst. h. t.; 2 *ut et vernae ex ancillis nostris nati nostri sint* (§. 82), §. ult. Inst. de iur. pers. L. 7 cod. de rei vind.; 3. *ut liberi extra matrimonium nati conditionem matris sequantur* (§. 91 *), L. 19, D. de stat. hom.

§. 357. *Ex eodem inferebant Romani*, 4 *insulam in medio flumine natam, communem esse eorum, qui utrinque prope ripam praedia possideant, pro modo latitudinis cuiusque praedii*; 5 *alteri ripae propiorem eis qui ab illa parte ripae possident praedia, accedere*, § 22, Inst. h. t. L. 7, §. 3, L. 29. et 30, §. 1, D. de adquir. rer. domin.; 6. *id ius non pertinere ad novas insulas in mari natas, quae tanquam res nullius cedunt occupanti*, L. 9, §. 3, De eod.; 7. *nec ad agros, quos flumen superius divergens et inferius unitum in insulae formam redegit, qui manent prioris domini*, L. 7, §. 4, L. 30, §. 2, D. eod. §. 22, Inst. h. t.

§. 358. *Porro inde inferunt ICti.* 8 *quidquid per alluvionem agro nostro flumini proximo* (a), *adiicitur, nostrum esse*, §. 20, Inst. h. t. L. 7, §. 1, D. h. t.; 9 *quod vero per vim fluminis adiicitur, prioris domini manere, nisi is interea, dum pars adiecta coaluit, et arbores in fundum nostrum radices egerunt, illam praedii sui partem vindicare neglexerit*, §. 21, Inst. h. t. L. 7, §. 3, D. de adquir. rer. domin.

§. 359. *Denique inde colligunt ICti*, 10, *alveum, quem*

(a) *Id intelligendum de agris* arcifiniis, *qui non aliis inclusi sunt finibus, quam naturalibus, veluti montibus, vel flumine publico, adeoque FRONTINO teste, nulla mensura continentur. Ab his differunt* agri limitati, *qui olim ex agro publico ad certam mensuram possidendi dabantur*, et adsignati, *qui per extremitatem mensurae comprehendebantur. His enim posterioribus quod accedebat, publicum erat; illis si quid accresceret, id domino agri cedere dicebatur*, L. 16. D. de adquir. rer. dom. L. 1. §. 6. D. de flum. *Qui agri* arcifinii et limitati *fuerint, ex AGGENIO, et FRONTINO exposuerunt CONNAN.* Comm. lib. 3cap. 5, *GIPHAN.* ad L. 16, D.de adquir. rer.domin. *Sed accuratius IO·FRIDER. GRONOVIUS.* Not.ad *GROT.* de iur. bell. et pac.l. 2 c. 3 §. 16, n. 1.

de rei vind.); l'ISOLA nata in un fiume (§. 30, § 2, *D. eod.*); l'ALLUVIONE cioè un accrescimento aggiunto a poco a poco ed insensibilmente pel beneficio del fiume (§. 20, *Inst. h. t.*); l'IMPETO DEL FIUME o quell'istantaneo accrescimento avvenuto in un tratto. (§. 21, *Inst. eod.*), e la MUTAZIONE DELL'ALVEO (§. 23, *Inst. eod.*).

§. 356. Dai prefati princípi risulta: 1.° che tutto ciò che nasce dagli animali appartenga al padrone del ventre (§. 19, *Inst. h. t.*); 2.° che i figli nati dalle nostre serve son nostri (§ 82)(§. *ult. Inst. de jur. pers. L.* 7, *C. de rei vind.*); 3.° che i figli nati fuori di matrimonio seguono la condizione della madre (91*) (*L.* 19, *D. de stat. hom.*).

§. 357. Dallo stesso principio i Romani ne conchiudevano 4. che l'isola nata nel mezzo di un fiume fosse comune a quelli che posseggono terreni sull'una e l'altra riva, in ragione della larghezza di ciascun territorio: 5.° che se fosse più vicina ad una delle rive appartenga a coloro che tengono terreni da questa parte (*L.* 22, *Inst. h. t. L.* 7, §. 3, *L.* 29, *L.* 30, §. 1, *D. de adquir. rer. dom.*); 6.° che siffatto dritto non applicasi alle isole nuove, che nascono nel mare, le quali come cose non appartenenti ad alcuno sono acquistate dal primo occupante (*L.* 9, §. 3, *de adquir. rer. dom.*); 7.° nè a que' territori, che un fiume dividendosi in due braccia e di poi riunendosi più in basso circonda in forma d'isola, restano di pertinenza del primo padrone (*L.* 7, §. 4, *L.* 30, §. 2, *D. eod.* §. 22, *Inst. h. t.*).

§. 358. Dal che i giureconsulti ne conchiudono, 8.° che tutto ciò che mediante alluvione aggiungasi al terreno che ci appartiene sulle sponde di un fiume diviene nostro (*a*) (§. 20, *Inst. h. t. L.* 7, §. 1, *D. h. t.*; ma 9.° ciò che aggiungesi per l'impeto di un fiume appartiene al primo padrone, eccetto che, durante il tempo scorso finchè la parte aggiunta si sia incorporata e che gli albori non abbiano preso radice, avesse trascurato di rivendicare questa parte del suo territorio (*L.* 21, *Inst. h. t. L.* 7, §. 2, *D. de adquir. rer. dom.*).

§. 359. Finalmente i giureconsulti ne conchiudono, 10.°

(*a*) Ciò deesi intendere de' campi che non riconoscono altri limiti se non che quelli che li vengono dalla natura prefissi, tali che le montagne, o un fiume pubblico, e che per conseguenza al dir di FRONTINO, non sono determinati d'alcuna misura. Differiscono da questi i campi *limitati*, che da' pubblici terreni davansi un tempo in possesso sino ad una determinata misura: e degli *assegnati*, che venivano compresi tra determinati limiti. Quindi tutto ciò che accedeva a questi ultimi era dello stato: apparteneva al padrone del fondo ciò che aggiungevasi a' primi, *L.* 16, *D. de acquir. rer. dom. L.* 1, §. 6 *D. de flum.* Cosa intendesi per campi *illimitati e limitati* è stato, secondo i principi di AGENIO e FRONTINO esposto da CONNANO, *lib.* 3, *Commentario* 5, GIFFANIO, *ad L.* 16 *D. de adquir. rer. dom.*; ma con maggiore esattezza da G. FEDERICO GRONOVIO. Note su GROZIO, *Del dr. della pace e della guerra* lib. 2, cap. 3, §. 16, n. 1.

flumen derelinquat, *eorum similiter esse*, *qui utrinque praedia possident pro modo praediorum*, L. 7, §. 5, D. de adquir. rer. domin.; 11 *inundationem autem speciem fundi non mutare*, *eumque*, *aqua recedente*, *eius manere*, *cuius et antea fuerit* L. 7, §. 6, D. eod. §. 24, Inst. h. t. L. 1, §. 9, D. de flum.

§. 360. *Sed haec non ubique eodem modo servantur. Insulae sunt eiusdem*, *cuius est flumen*, *adeoque eas sibi princeps vel respublica vindicare solet* (§. 328). *Idem alicubi circa alluvionem, et alveum derelictum contingit*; *adeo, ut in Germania vassalli a principibus investiri soleant alveo fluminis derelicto. Immo et agris inundatis passim praescribitur decennio in utilitatem principis VOET.* ad §. 23, Inst. h. t. (*Conf.* Elem. iur. German. lib. 2, t. 3, §. 6, seq.)

§. 361. *Hactenus de* accessione naturali: *sequitur INDUSTRIALIS* (§. 354), *cuius species sunt ADIUNCTIO*, *SPECIFICATIO*, *COMMIXTIO* (*Conf.* Elem. iur. nat. et gent. lib. 1, §. 250, et 256, seq.).

§. 362. *ADIUNCTIO est*, quando aliena res materiae nostrae adiungitur, *veluti per* inclusionem, adferruminationem, intexturam, inaedificationem, scripturam, picturam. *Ubi semper accessorium sequitur suum principale*, L. 26, §. 1 D. de adquir. rer. dom. §. 26, Inst. de rer. divis.

§. 363. *Ex eo ergo generali principio*: 1 *gemma aliena*, *auro meo inclusa*, *mihi cedit* L. 19, §. 23, seq. D. de aur. arg. leg.; 2 *res*, *per adferruminationem rei meae adiuncta*, *tanquam pars integralis*, *mea fit*, L. 27, pr. D. de adquir. rer. domin.; 3 *purpura*, *vesti nostrae intexta*, *accessionis vice cedit vestimento*, §. 26, Inst. h. t. L. 7, §. 2, D. ad exhib.; 4 *quod solo inaedificatur*, *solo cedit*, *sive nos materia nostra in alieno solo*, *sive aliena materia in nostro solo aedificemus*, L. 7, §. 10 *et* 12, D. de adquir. rer. domin. §. 29, Inst. h. t.; 5 *quod chartae inscriptum*, *chartae cedit*, L. 9, §. 1, D. eod. §. 33 Inst. h. t.; 6 *et pictura etiam postremo ex subtiliorum sententia tabulae cedebat*, L. 23, §. 3, D. de rei vind., *quamvis id ob artis dignitatem aliter visum sit CAIO*, L. 9, §. 2, D. de adquir. rer. domin., *cuius sententiae suffragatur IUSTINIANUS*, §. 34, Inst. h. t.

§. 364. *Quia tamen iniquum est*, *alterum cum alterius damno fieri locupletiorem*, *dominium non extinguitur*, *et hinc casibus primo*, *secundo et tertio domino gemmae*, *metalli*, *purpureae adversus bonae fidei possessorem datur actio ad exibendum*, L. 23, §. 5, D. de rei vind. *et condictio sine caussa*,

che l'alveo lasciato da un fiume appartenga del pari a coloro che sulle due sponde posseggono poderi, in proporzione della larghezza di ciascuno (*L.* 7, §. 5, *D. de adquir. rer. dom.*); 11.° che l'inondazione non cambia la natura del fondo, e che ritirandosi l'acqua, appartiene sempre allo stesso padrone (*L.* 7, §. 6, *D. eod.* §. 24, *Inst. h. t. L.* 1, § 9, *D. de flum.*).

§. 360. Ma siffatto dritto non ha da per tutto uno stesso vigore. Le isole sono di pertinenza di colui, cui il fiume appartiene, e perciò il principe o la repubblica suole rivendicarle (§.328). In altri luoghi lo stesso osservasi relativamente all'alluvione e all'alveo derelitto; di guisa che in Germania i vassalli sogliono ottenere dal principe l'investitura del possesso dell'alveo lasciato dal fiume; anzi in molti luoghi, le terre inondate prescrivansi per dieci anni in favore del principe (VOET *ad* §. 23, *Inst. h. t.*). (Veggansi gli *Elementi del dr. germ. lib.* 2 *tit.* 3, § 6 *seq.*).

§. 361. Finora abbiamo trattato dell'*accessione naturale*, segue ora l'INDUSTRIALE, le cui specie sono l'AGGIUNZIONE, la SPECIFICAZIONE e la COMMISTIONE (Veggansi gli *Elementi di dritto di natura e delle genti* lib. 1, §. 250 e 256 dequ.)

§. 362. *Evvi* AGGIUNZIONE *allorchè la cosa altrui aggiungasi alla nostra materia o per inclusione, saldatura, tessitura, scrittura e pittura.* In siffatto caso l'accessorio segue sempre il principale (*L.* 26, §. 1, *D. de adquir. rer. domini* §. 26, *Inst. de rer. divisione.*).

§. 363. Da questo principio generale dunque risulta: 1.° che la gemma altrui incastrata nel mio oro diviene mia (*L.* 19, §. 23, *seq. D. de aur. rer. arg. leg.*); 2.° che la materia unita alla mia per saldatura, diviene mia, qual parte integrante della mia cosa (*L.* 27, *pr. D. de adquir. rer. domin.*); 3.° che la porpora intessuta alla nostra veste, per accessione faccia parte della stessa (§. 26, *Inst. h. t. L.* 7, §. 1, *D. ad exhib.*); 4.° che ciò che edificasi sopra un suolo appartenga allo stesso, o che venga edificato con nostri materiali su suolo altrui, o con materiali altrui sul suolo nostro (*L.* 7, §. 10 e 12, *D. de adquir. rer. dom.* §. 29, *Inst. h. t.*); 5.° che ciò ch'è scritto sulla carta fa parte della stessa (*L.* 9, §. 1, *D. eod.* §. 33 *Inst. h. t.*); 6.° che la pittura finalmente, per sentimento de' più sottili dottori, appartenga al padrone della tela o di ciò su cui fu fatta (*L.* 23, §. 3, *D. de rei vind.*), sebbene Caio (*L.* 9, §. 2, *D. de adquir. rer. dom.*) atteso la dignità dell'arte abbia diversamente opinato, il cui sentimento fu da Giustiniano approvato (§. 34, *Inst. h. t.*).

§. 364. Siccome è ingiusto che si divenghi più ricco a danno altrui, così la proprietà non si estingue; e per conseguenza nel caso primo, secondo e terzo si dà al padrone della gemma, del metallo e della porpora contro il possessore di buona fede l'azione ad esibire (*L.* 23, §. 5, *D. de rei vind.*), e quella di *conditio*—

§. 6, Inst. h. t., *adversus malae fidei possessorem*, *praeterea furti et condictio furtiva*, d. §. 26, Inst. h. t.

§. 365. *Similiter is, cuius quis materiam alter solo suo inaedificavit, dominus quidem manet* §. 29, Inst. h. t. L. 7, §. 10, D. de adquir. rer. domin.; *ast eam stante aedificio ob legem XII. tabularum vindicare nequit, ne urbs ruinis deformetur*, d. L. 7, §. 10, D. eod. *Datur tamen illi actio de tigno iuncto adversus possessorem in duplum*, L. 7, §. 10, D. eod. *Quin, diruto aedificio, si duplum a malae fidei possessore nondum consequutus sit, materiam vel vindicare, vel ad exibendum agere potest.* §. 29, Inst. h. t.

§. 366. *Contra si quis in alieno solo sua materia aedificavit, aedificator, in possessione bona fide constitutus, exceptione doli mali repellit dominum soli, pretio nondum soluto, petentem aedificium: malae fidei possessor dominium materiae amittit*, §. 30, Inst. h. t. L. 7, §. 12, D. de adquir. rer. domin. *Non possidenti nulla prodita est actio* (a), L. 33, D. de condict. indeb. L. 14, D. de dolo mal. et met. except. L. 38, D. de rei. vind.

§. 367. *Denique et scribenti contra dominum chartae, et domino tabulae contra pingentem, si in bona fide sint, datur actio in factum*, L. 23, §. 5, D. de rei vind., *sin in mala, actio furti et condictio furtiva, vel actio in rem utilis*, §. 34, Inst. h. t. L. 9, §. 2, D. de adquir. rer. domin.

§. 368. *SPECIFICATIO* (§. 361), *est* modus adquirendi, quo quis ex aliena materia suo nomine novam speciem faciens, eius speciei dominium consequitur. *Accessio ergo hic fit formae ad materiam. Quumque ambiguum veteribus videretur forma ne materia, an materia forma sit praestantior, de novae speciei dominio in diversa abiere diversarum sectarum iurisconsulti* (b) (§. 7 *).

§. 369. *Sed IUSTINIANUS decisione sua* (§. 7) *ita*

(a) *Quia tamen aequitas pro aedificante militat, facile in foris nostris ei datur actio in factum. Vide ULR. HUBER.* Praelect. Inst. §. 40.

(b) *Sabiniani enim plus materiae tribuebant. Proculeiani formam, tanquam quae rei det essentiam, praeferebant, adeoque illi domino materiae; hi specificanti novam speciem adiudicabant*, L. 7, §. 7, D. de adquir. rer. domin. §. 25, Inst. h. t. *Mediam sententiam elegere plerique, postquam sectae studium paulatim defervuerat*, L. 7, L. 12, §. 1, L. 24, et 26, D. de adquir. rer. domin. *Vide HERILL.* Obs. lib. 1, cap. 12.

sine causa (§. 26 Inst. h. t.); e contra il possessore di cattiva fede l'*azione di furto* e la *condizione per causa di furto* (d. §. 26 *Inst. h. t.*).

§. 365. Similmente colui, col cui materiale un altro ha edificato nel proprio suolo, resta padrone di questo materiale (§. 29, *Inst. h. t. L.* 7, §. 10, *D. de adqui rer. dom.*); ma per la legge delle XII tavole, non può rivendicarlo finchè l'edificio sussiste, acciò la città non venga a deturparsi colle ruine (*L.* 7, §. 10, *D. eod.*). Si dà intanto al padrone del materiale l'azione *in duplo de tigno juncto* (de' materiali adoprati) contro il detentore (*L.* 7, §. 10, *D. de adquir. rer. dom.*); e, se l'edificio si demolisse, può altresì rivendicare i materiali od agire per farli esibire qualora il possessore di cattiva fede non abbia pagato il doppio valore (§. 29, *Inst. h. t.*).

§. 366. Al contrario se qualcheduno co' suoi materiali abbia edificato sul suolo altrui, qualora l'abbia fatto in buona fede, può coll' eccezione di dolo respingere il proprietario del fondo che domandasse l' edificio prima di averne pagato il prezzo; ma il possessore di cattiva fede perde la proprietà de' materiali (§. 30, *Inst. h. t. L.* 7, §. 12, *D. de adquir. rer. dom.*). Chi non possiede non ha azione alcuna (*a*) (*L.* 33, *D. de condit. indeb. L.* 14, *D. de dolo male, et met. exc. L.* 38, *D. de rei vind.*)

§. 367. Finalmente si dà a colui che scrive contro il padrone della carta, e al padrone della tela contro colui che ci dipinge, un'azione nel fatto, allorchè sieno possessori di buona fede (*L.* 23, §. 5, *D. de rei vind.*); allorchè lo sieno di cattiva fede l'azione di furto, o l'azione reale utile (§. 34, *Inst. h. t. L.* 9, §. 2, *D. de adquir. rer. dom.*).

§. 368. La SPECIFICAZIONE (§. 361) *è un modo di acquistare col quale taluno formando coll' altrui materiale, una nuova specie per suo conto, ne acquista la proprietà.* In questo caso l'accessione si fa della forma alla materia. E siccome tra gli antichi eravi quistione se la forma fosse più pregevole della materia, o questa di quella, così i giureconsulti delle diverse sette emisero pareri diversi sulla proprietà della nuova specie (*b*) (§. 7*).

§. 369. Ma Giustiniano colla sua decisione (§. 7) sciolse

(*a*) Perchè l'equità milita per l'edificante, facilmente ne' nostri tribunali gli si accorda l'azione in *factum*. Veggasi HUBER *Praelect. Inst.* §. 40.

(*b*) I Sabiniani attribuivano la superiorità alla materia; i Proculejani preferivano la forma, come quella che costituisce l'essenza della cosa; quindi i primi accordavano la nuova specie al padrone della materia, i secondi a colui che avea dato la nuova forma, *L.* 7, §. 7, *D. de adquir. rer. dom.* §. 25, *Inst. h. t.* La maggior parte, calmato il fervore delle sette si attenne ad un partito medio, *L.* 7, §. 7, *L.* 12, §. 1, *L.* 24, *L.* 26, *pr. D. de acqu. rer. dom.* Veggasi MERILLO, lib. 1, obs. cap. 21.

finivit litem, ut, si res reduci posset ad priorem formam, dominus materiae; si reduci haud posset, specificans novam speciem retineret, §. 22, Inst. h. t., *et hic domino materiae, si in mala fide sit, ad aestimationem; sin in bona fide, in tantum teneretur, quantum factus esset locupletior*, L. 23, §. 5 e 6. D. de rei vind.

§. 370. *COMMIXTIONE* (§. 361) aut res aridae duorum vel plurium commiscentur, §. 28, Inst h. t., aut res liquidae. *Prior stricte COMMIXTIO*; *posterior CONFUSIO adpellatur*, §. 28, Inst. h. t. *Priore casu, singulae res suam substantiam et corpora diserte retinent; posteriore non aeque.*

§. 371. *Quum vero res liquidae non maneant in priore substantia, aridae maneant* (§. 370), *consequens est*: 1 *ut utraeque quidem materiae, sive confusae, sive commixtae, communes sint, si voluntate utriusque facta sit confusio vel commixtio*, L. 7, §. 8, D. de adquir. rer. dom.; *sed* 2, *si voluntate unius facta, res confusae fiant confundentis*, L. 5, §. 1, D. de rei vind., *ex commixtis unusquisque suam possit vindicare materiam*, §. 28, Inst. h. t. L. 5, pr. D. de rei vind.; 3. *ut denique res fortuito confusae, itidem sint communes* L. 7, §. 9, D. de adquir. rer. domin. §. 27, Inst. h. t. *res fortuito commixtae a suo quaeque domino vindicentur* §. 24, Inst. h. t.

§. 372. *Haec de accessione naturali et industriali: reliqua est MIXTA* (§. 354), *quando et naturae beneficio, et industria hominum rei nostrae aliquid accedit, quo PLANTATIO, SATIO et FRUCTUUM PERCEPTIO referuntur* (*Conf.* Elem. iur. nat. et gent. l. 1, §. 64, seq.

§. 373. *De PLANTATIONE, et SATIONE observanda axiomata*: 1 *quidquid solo implantatur, vel inseritur solo cedit*, L. 9, pr. D. de adquir. rer. domin. §. 32, Inst. h. t.; 2. *arboris dominium iure Romano ex radice aestimatur* §. 31, Inst. h. t.

§. 374. *Ex priore axiomate infertur*; 1. *frumenta, sive aliena in meo agro, sive mea in alieno agro sata sint, agri domino cedere, deductis impensis*, L. 9, pr. D. de adquir. rer. domin. §. 32, Inst. h. t. *ex posteriore*, 2. *arborem, in confinio positam, eius esse, cuius in fundum radices egerit*; *et* 3. *si in utriusque fundum radices, egerit communem*; *pro indiviso haberi, quoad infixa manet solo; erutam communem pro diviso fieri*, L. 7, §. ult. L. 8, pr. §. 1, D. eod. §. 31, Inst. h. t. L. 19, D. comm. div.; *ex utroque*, 4. *plantam nostram*

nel seguente modo la quistione: che se si può ridonare alla cosa la forma primitiva appartiene al padrone della materia, ma se ciò non si può fare, lo specificante sarà il padrone della nuova specie (§. 22, *Inst. h. t.*); e che sia tenuto di pagare al padrone della materia il valore della stessa se è di cattiva fede, e se poi di buona pagherà quel tanto che lo rese più ricco (*L.* 23, §. 5 e 6, *D. de rei vind.*).

§. 370. Colla COMMISTIONE (§. 361) *unisconsi insieme o le cose secche o quelle liquide di due o più proprietari* (§. 28, *Inst. h. t.*). La prima specie rigorosamente parlando dicesi COMMISTIONE, la seconda CONFUSIONE. (*L.* 27, *Inst. h. t.*). Nel primo caso ciascuna cosa conserva la sua natura e resta un corpo distinto, nel secondo non è lo stesso.

§ 371. Siccome le cose liquide non conservano come quelle solide, la loro primiera natura (§. 370), ne segue: 1.° che le une e le altre, sia che vi abbia confusione o mistione diventino comuni, allorchè la confusione e la mistione è stata fatta di conseuso de' due proprietari (*L.* 7, §. 8, *D. de adquir. rer. dom.*); 2.° che se la confusione avviene per opera di un solo, le cose confuse appartengono a colui che l'ha fatta (L. 5, §. 1, *D. de rei. vind.*); e della succeduta commistione ciascuno può rivendicare la sua materia (§. 28, *Inst. h. t. L.* 5, *pr. D. de rei vind.*); 3.° finalmente che le cose liquide confuse per azzardo siano del pari comuni (*L.* 7, §. 9, *D. de adquir. rer. dom.* §. 27, *Inst. h. t.*), e le cose solide mescolate nello stesso modo spettino a' rispettivi padroni (§. 28, *Inst. h. t.*).

§. 372. Finora dell'accessione naturale, e della industriale; ora della MISTA (§. 354), la quale avviene quando col beneficio della natura e coll'industria dell'uomo qualche cosa si aggiunge a ciò che ci appartiene; di questa specie sono la PIANTAZIONE, la SEMINA e la PERCEZIONE DE' FRUTTI. (Veggonsi gli *Elementi del dritto di natura*, e *delle genti l.* 1. §. 164 *seq.*)

§. 373. Sulla PIANTAGIONE e la SEMINA debbonsi osservare i seguenti assiomi: 1.° tutto ciò che si pianta o si semina in un suolo appartiene allo stesso (*L.* 9, *pr. D. de adquir. rer. dom.* §. 32, *Inst. h. t.*); 2.° la proprietà di un albero per dritto romano si valuta dalle radici (§. 31, *Inst. h. t.*).

§. 374. Dal primo assioma conchiudesi: 1.° che i cereali altrui seminati nel mio podère, o i miei nell'altrui, appartengono al padrone del territorio dedotte le spese (*L.* 9, *pr. D. de acquir. rer. dom.* §. 32, *Inst. h. t.*); 2.° dal secondo ne risulta che l'albero piantato sul confine appartenga a colui nel cui fondo avrà buttato le radici; e 3.° che se le radici siansi diramate ne' fondi de' due proprietari è comune per porzioni distinte finchè resta impiantato nel suolo, ma una volta svelto resta comune diviso. (*L.* 7, §. *ult* L. 8, *pr.* §. 1, *D. eod.* §. 31. *Inst. h. t L.* 19, *D. com. divid.*); da ambo gli assiomi ne

in alieno solo, vel alienam in nostro solo positam, solo cedere, si radices egerit; 5. *antea vero posse a domino vindicari*, d. L. 7, §. ult. D. eod. et d. §. 31, Inst. h. t.

§. 375. *Sed quod ad arbores attinet, hodie tam subtiliter plerisque locis non philosophantur, sed earum dominium ex stipite potius et ramis, in fundum nostrum vel alienum propendentibus, quam ex radicibus, iudicant. Ita Saxones, ita Germani, et Belgae plerique.* ULR. HUBER. Praelect. Inst. h. tit. §. 41, (*Conf.* Elem. iur. Germ. Lib. II. tit. 3, §. 65, et seq.).

§. 376. *FRUCTUUM PERCEPTIO est* species accessionis, qua is, qui rem alienam bona fide non interrupta, et iusto titulo possidet, loco domini est, et hinc fructus percipiendo suos facit, §. 48, pr. L. 23, §. 1, D. de adquir. rer. dom. §. 35, Inst. h. t. *BONA FIDE possidere videtur*, qui ignorat rem alienam esse, putatque eum, a quo caussam habet, tanquam dominum, procuratorem vel tutorem ius alienandi habuisse, L. 119, D. de verb. sign. *IUSTO TITULO possidet*, qui ex caussa ad transferendum dominium habili possidet (§. 339). *POSSIDERE denique non est rem detinere, sed* detinere animo dominii, vel rem sibi habendi, *quae possessio stricte CIVILIS dicitur, et NATURALI opponitur in iure nostro*, L. 1, §. 9, D. de vi et vi arm. L. 2, §. 1. pro hered. L. 38, §. 7, D. de verb. obl.

§. 377. *Quum ergo bona fides et iusta caussa efficiant, ut loco domini sit possessor* (§. 376), *sequitur*: 1 *ut fructus percipiendo suos faciat, id est, simul acta solo vel arbore separati sunt*, d. L. 48, pr. D. de adquir. rer. dom. ; 2 *ut et industriales et naturales percipiat* (a), d. lib. 48, *NOODT.* Probab. iur. II. *uti oleum, quod teste PLIN.* Hist. nat. lib. LV c. 1 *sine omni cultura provenit, et foenum* L, 13, D. quib. mod. usufr. amitt. (*Conf. VINN.* ad §. 35, Inst. h. t.); 2 *ut malae fidei possessor nihil lucretur, et non modo perceptos, sed et percipiendos fructus restituere teneatur*, L. 33, et 62, §. 1, D. de rei vind. §. 35, Inst, h. t.

§. 378. *Quum tamen bona fides non faciat verum dominum, consequens est*, 4 *ut hoc superveniente, bonae fidei possessor, fructus non quidem consumtos restituat, licet iis locupletior fa-*

(a) *Confirmatur hoc luculenter*, L. 25 §. 1, D. de usur. et L. 136, D. de reg. iur. *Unde captanda non sunt verba IUSTINIANI*, pro cultura et cura, *nec pro sinonymis accipienda. Caussam iam alii perorasse videntur.*

segue 4.° che la nostra pianta messa nel terreno altrui, o quella altrui nel nostro, appartiene al suolo, dal che ha battuto le sue radici; ma 5.° prima che le radici si distendono, il padrone può rivendicare la pianta (*D. L.* 7, *§. ult. D. eod. d. §.* 31, *Inst. h. t.*).

§. 375. Per ciò che concerne gli alberi al presente in molti paesi non si va molto filosofando, ma della loro proprietà giudicasi non dalle radici, ma dal tronco e dai rami che pendono sul nostro fondo o su quello altrui. In tal modo praticasi in Sassonia, in Germania e nella maggior parte del Belgio (HUBER, *Praelect. Inst. h. t.* §. 41. (Veggansi gli *Elementi del dr. germ. Lib. II. tit.* 3 § 65 *e segu.*)

§. 376. La PERCEZIONE DE' FRUTTI è una *specie di accessione per la quale colui che possiede la cosa altrui in buona fede non interrotta ed a giusto titolo, sta in luogo di padrone, e per conseguenza percependone i frutti li rende suoi* (*L.* 48, *pr. L.* 23, *§.* 1, *D. de adquir. rer. dom.* §. 35, *Inst. h. t.*). Stimasi possedere in BUONA FEDE *colui che ignora che la cosa appartenga ad altri, e crede che colui da cui ha ricevuto il titolo, come proprietario o proccuratore o tutore avea il dritto di alienare* (*L.* 119, *D. de V. S.*). Possiede a GIUSTO TITOLO *chi possiede per una causa valida a trasferire la proprietà* (§. 339). Finalmente POSSEDERE *non significa ritenere la cosa, ma ritenerla nell' intenzione di esserne il proprietario, o di averla per sè*; tale è il possesso CIVILE strettamente detto, che nel nostro dritto opponesi a quello NATURALE (*L.* 1, §. 9, *D de vi et vi arm. L.* 2, §. 1, *D. pro herede, L.* 38, §. 7, *D. de verb. obl.*).

§. 377. Siccome dunque la buona fede e il giusto titolo fan sì che il possessore stia in luogo di padrone (§. 376), ne segue: 1.° che rende propri i frutti percependoli, cioè dal momento che vengono separati dal suolo o dall'albero (*L.* 48, *pr. D. de adquir. rer. dom.*); 2.° che percepisca sì i frutti provenienti da coltura, che quelli che nascono naturalmente (d. L. 48, NOODT, *Probab. jur.*) (*a*) come l'olio, che, al dir di PLINIO, (*Hist. nat. lib.* 15, *cap.* 1,) viene senza coltura, ed il fieno (*L.*13, *D. quid. mod.usufr.amitt.* Veggasi VINNIO *ad* §. 35, *Inst. h t.*); 3.° che il possessore di cattiva fede nulla guadagni e che sia tenuto non solo di restituire i frutti riscossi, ma altresì quelli da riscuotersi (*L.*33,*L.*62,§. 1), *D. de rei vind.* §. 35, *Inst.h.t.*).

§. 378. Intanto, siccome la buona fede non costituisce il vero proprietario, ne segue, 4.° che qualora sopravvenga il padrone, il possessore di buona fede restituisce non i frutti con-

---

(*a*) Ciò viene chiaramente confirmato dalla *L.* 25, §. 1, *D. de usuris*, e dalla *L.* 136, *D. de reg. jur.*. Quindi non bisogna argomentare colle parole di Giustiniano *pro cultura et cura*, nè prenderle per sinonimi. Sembra che la quistione sia stata da altri discussa.

etus, §. 35, Inst. h. t. L. 4, §. 2, D. fin. regund., *sed tamen extantes*, L. 22, § 35, *Inst. h. t.* C. de rei vind.

§. 379. *Postquam de modis adquirendi iuris gentium originariis actum: sequitur derivativus, qualis unus est puta TRADITIO* (§. 341).

§. 380. *TRADITIO est* modus adquirendi derivativus, quo dominus, qui ius et animum alienandi habet, rem corporalem ex iusta caussa in accipientem transfert, §. 40 e 42, Inst. h. t. (*Conf.* Elem. iur. nat. et gent. l. c. §. 266 et 275, seq.

§. 381. *Ex qua definitione fluunt axiomata: I Tradi posse res corporales. II Tradi eas debere a domino, ius alienandi habente III Non transferri dominium, nisi traditio fiat animo alienandi. IV Nec ea adquiri dominium, nisi caussa ad transferendum dominium habilis* (§. 339) *praecedat. ULR. HUBER.* Praelect. ad Inst. h. t. §. 52.

§. 382. *Quum ergo traditio sit rerum corporalium* (§.381. 1), *sequitur: 1 ut rerum incorporalium nulla sit traditio.* L. 43, §. 1, D. de adquir. rer. dom. L. 4, §. 17, D. de usurp. et usuc., *sed quasi-traditio, cuius loco est ex parte concedentis patientia, ex parte accipientis usus, vel exercitium*, L. 1, §. ult. D. de serv. rust. praed. L. ult. D. de serv; 2 *ut ea fieri debeat vel translatione rei naturali, veluti datione rei mobilis e manu in manum*, lib. 8, D. de pecul., *aut exibitione immobilis praesentis*, L. 1, §. 1, D. de adquir. possess., *vel signo quodam u. c. traditione clavium, instrumentorum, etc. quae traditio, alias dicitur SYMBOLICA*, d. L. 1, §. penult. D. de adquir. posses. L. 9. § 6, *D. de adquir. rer. domin.* § 44, Inst. h. t. L. 74, D. de contr. emt.; *vel demostratione e longinquo* L. 18, §. 2, D. de adquir. possess. *quae traditio dicitur LONGA MANU facta* lib. 79, D. de solut., *vel denique fictione rem tradi, quam iam accipiens ex alia caussa possidet* §. 43, Inst. h. t. L. 9. §. 5, L. 21, §. 1, D. de adquir. rer. dom. *quam vulgo traditionem BREVI MANU factam adpellant*, L. 43, §. 1, D. de iur. dot.

§. 383. *Quumque traditio fieri debeat a domino ius alienandi habente* (§. 381, 2), *sequitur*, 3 *ut traditio a non domino facta in eum, qui a domino se accipere putat, non transferat dominium, quamvis bonae fidei possessorem faciat accipientem* L. 20, pr. D. h. t. 4 *ut nec pupillus recte tradat, sine auctoritate tutoris* (§. 252, 2), §. 2, Inst. quib. alien. lic. vel non.

anmati, benchè cogli stessi siasi arricchito, (*L.* 35, *Inst. h. t.* *L.* 4, §. 2, *D. fin. regund.*), ma quelli esistenti (*L.* 22, C. *de rei vind.* §. 35, *Inst. h. t.*).

§. 379. Dopo di aver trattato de' modi originari di acquistare la proprietà secondo le norme del dritto delle genti; passiamo a quello derivativo, ch'è uno, cioè la TRADIZIONE (§.341.).

§. 380. La TRADIZIONE *è un modo derivativo di acquistare, mercè del quale il proprietario che ha il dritto e l'intenzione di alienare, in virtù di una giusta causa trasferisce la cosa corporale a colui che l'accetta* (§. 40 e 42, *Inst.h.t.*). Veggansi gli *Elementi del dr. di natura e delle genti* l. c. §. 266 e 275 segu.).

§. 381. Da siffatta definizione ne derivano i seguenti assiomi: 1.° che possonsi dare le cose corporali; 2.° debbonsi dare dal padrone che ha il dritto di alienarle; 3.° che non si trasferisce la proprietà, se la tradizione non si faccia nell' intenzione di alienare; 4.° che colla tradizione non si diviene proprietario se non precede un titolo valevole a trasmettere la proprietà (§. 339) (HUBER. *Praelect. ad Inst. h. t.* §. 12.).

§. 382. Poichè la tradizione richiedesi per le sole cose corporali (§.381), ne segue: 1.° che non esiste per le cose incorporee (*L.* 43, §. *D. de adquir. rer. dom.* *L.* 4, §. 17, *D. de usurp. et usucap.*), per le quali evvi una quasi-tradizione, che effettùasi colla sofferenza di colui che la concede, e coll' uso, e coll' esercizio di quello che la riceve (*L.* 1, §. *ult. de servit. rust. praed.* *L. ult. D. de servit.*); 2.° che la tradizione debba farsi o col trasferimento naturale della cosa, a cagion di esempio, nella consegna delle cose mobili da mano a mano (*D.* 8. *D. de pecul.*), o coll'esibizione dell' immobile presente (*L.* 1, §. 1, *D. de aquir. possess.*), o mercè qualunque segno, come, per esempio, colla consegna delle chiavi, o degli strumenti, che in altri termini dicesi tradizione SIMBOLICA (*D. L.* 1, §. *pen. D. de adquir. possess*, *L.* 9, §. 6, *D. de adquir rer. dom.* §. 44, *Inst. h. t.* *L.* 74, *D. de contr. empt.*); o col mostrare la cosa da lungi (*L.* 18, §. 2, *D. de adquir possess.*), ciò che dicesi TRADIZIONE DI LUNGO MANO (*L.* 79, *D. de solut.*), o finalmente si trasferisce la cosa colla finzione, allorchè colui che dee riceverla la possiede di già per altro titolo (§. 43, *Inst. h. t.* *L.* 9, §. 5, *L.* 21, §. 1, *D. de jur. dot. de adquir. rer. dom.*), ciò che dicesi comunemente tradizione di BREVE MANO (*L.* 43, §. 1, *D. de jur. dot.*).

§. 383. E siccome la tradizione deesi fare dal proprietario che ha il dritto di alienare (§. 381, 2°), ne segue 3.° che quella fatta da chi non è proprietario a colui che crede riceverla dal proprietario, non trasferisce la proprietà, quantunque rende colui che la riceve possessore di buona fede *L.* 20, *pr. D.h. t.*); 4.° che il pupillo non trasferisca valevolmente senza l' autorizzazione del tutore (§ 252,2.°) (§.2, *Inst.quib.alien.lic.vel non*).

§. 384. *Quia etiam in tradente requiruntur animus alienandi, et iusta caussa, ex qua fiat traditio* (§. 381, 3, 4), *consequens est*, 5 *ut non transferatur dominium, si eiusmodi caussa desit*, L. 31, pr. D. de adquir rer. dom. *Quin in emptione venditione ne sufficit quidem caussa, nisi vel pretium solutum sit, vel venditor fidem de eo habuerit*, §. 51, Inst. h. t. L. 19, D. de contr. emt.; 6 *ut traditio fieri possit et in personas incertas, modo indefinite certae sint. Quo pertinet* iactus missilium, §. 45) Inst, h. t. L. 9, §. 7, D. de adquir. rer. dom. (*Conf.* Elem. iur. German. lib. 2, tit. 3, §. 72, seq).

TITULUS II.

De rebus corporalibus et incorporalibus.

§. 385. *Superest altera divisio rerum in CORPORALES et INCORPORALES* (§. 33o), *quam in hunc titulum reiecit imperator.*

§. 386. *CORPORALES res ICtis sunt*, quae tangi possunt: *INCORPORALES*, quae tangi non possunt. (*b*) *Cuius generis sunt ea, quae in iure consistunt, ut hereditas, usufructus, obligationes*, L. 1, §. 1, D. de re divis. §. 1, 2, Inst. h. t.

§. 387. *Ergo pecunia, quatenus ex auro argentoque flata est, corporalis*, §. un. Inst. h. t. L. 1, §. 1, D. de rer. divis.; *quatenus in quantitate consistit, incorporalis est.*, L. 46, D. de condict. indeb. L. 5, pr. D. de impens. in rem. dot. L. ult. D. de adim. leg. *Quantitates enim non magis quam qualitates, tanguntur; et hinc eleganter res incorporales, in* quantitates *et* qualitates *dividit H. VULTEIUS in* Iuris. Rom. lib. 1, c. 62, pag. 345.

(*a*) *Potest tamen commodius etiam ad occupationem referri. Qui enim missilia iactat, id facit animo ea sibi non amplius habendi, adeoque ea pro derelictis habentur* (§. 342). *Res pro derelictis habitae sunt nullius* (§. eod.), *adeoque cedunt occupantibus* (§. 343, 1). *Missilium ab Imperatoribus sparsorum exempla sunt apud Svet.* Aug. cap. 98, Calig. cap. 18, Neron. cap. 11, *a magistratibus* d. §. 45, Inst. h. t. L. 2, C. de consul. et non sparg. pec. Lib. XII. Nov. CV. cap. 2, §. 1.

(*b*) *Haec quoque Stoica sunt. Hi enim philosophi, quum omnes sensus ad tactum reducerent, corpus definiebant quod tangi possit*, *SENEC.* epist. 106; *iidem corpora sola esse adfirmabant: incorporales res non esse, sed intelligi CIC.* Topic. cap. 5, *Illas res vocabant. has iura*, *QUINT.* Inst. orat lib. 5, cap. 10. *Et inde verba PAULLI*: servitutes nec in bonis, nec extra bona esse, *interpretatur GERAR: NOODT.* Probabil, lib. 2, cap. 3.

§. 384. E perchè dal tradente richieggonsi l'intenzione di alienare, ed un titolo sul quale sia fondata la tradizione (§.381, 3.°, 4.°), ne segue 5. che la proprietà non si trasferisce qualora manchi una delle cause di siffatto genere (*L.* 31, *pr. D. de adquir. rer. dom.*). Nella compra e vendita, non basta certamente il titolo, se non siasi pagato il prezzo, o se il venditore non abbia avuto fiducia nel compratore (§.41, *Inst.h. t. L.* 19, *D. de contr. empt.*); 6.° che la tradizione possa farsi anche alle persone incerte, purchè sieno indefinitivamente certe; al che si riferisce il *gittar qualche cosa alla moltitudine* (*missilium*) (*a*) (§. 45) (*Inst. h. t. L.* 9, §. 7, *D. de acquir. rer. dom.*) Veggansi gli *Elementi del dr.germ lib.*2, *tit.*3, § 22 segu.).

TITOLO II.

Delle cose corporali e incorporali.

§. 385. Resta l'altra divisione delle cose in CORPORALI e INCORPORALI (§. 330), che Giustiniano ha trattato in questo titolo.

§. 386. Le COSE CORPORALI pei giureconsulti sono *quelle che possonsi toccare*; le INCORPORALI quelle che non *possono toccarsi* (*b*). Di quest'ultima specie sono quelle che consistono nel dritto, come l'eredità, l'usufrutto, le obbligazioni (*L.* 1, §. 1, *D. de rer. div.* §. *un. Inst. h. t.*).

§. 387. Il numerario dunque in quanto che formato dall'oro e dall'argento, è cosa corporale (§. *un. Inst. h. t. L.* 1, §. 1, *D. de rer. div.*); ma risguardato come consistente nella quantità, è cosa incorporea (*L.* 46, *D. de cond. indeb. L.* 5, *pr. D. impen. in rem. dot. L. ult. D.de adim. leg.*); imperocchè le quantità non possonsi toccare del pari che le qualità; e per ciò elegantemente le cose incorporali son divise in *quantità* e *qualità* da H. VULTEJO (*Jurisp. rom. lib.* 1, *cap.* 62, p.345.).

(*a*) Si potrebbero intanto meglio piazzare sotto l'occupazione; avvegnachè colui che gitta delle cose che vuol distribuire, lo fa nell'intenzione di non più averle a sè, e per conseguenza le riguarda come abbandonate (342). Le cose riguardate come abbandonate non appartengono più ad alcuno (lo stesso §.), e sono quindi del primo occupante (§.343, 1.°). Esempi di distribuzioni fatte dagl'imperadori rinvengonsi in SVETONIO. *Vita di Augusto*, *cap.* § 8; *di Caligula*, *cap.* 18; *di Nerone*, *cap.* 11, e da' magistrati, nel §. 45, *Inst. h. t.*; nella *L.* 2, *C. de consul. et non sparg. pec. Lib. XII. Nov.* 105, *cap.*2, §. 1.

(*b*) Tutto ciò sente di stoicismo. Imperocchè gli stoici riducendo tutt' i sensi al tatto, definivano i corpi ciò che può essere toccato, SEN. *Epist.* 106. Sostenevano del pari che i soli corpi *esistono*, che le cose incorporee *non esistono*, ma che *concepisconsi*, CIC., *Topic. cap.* 5. I primi chiamavano *cose*, i secondi *dritti*. QUINTIL. *lib.* 5, *Inst. orat. cap.* 10. Da ciò le espressioni di PAOLO, *le servitù non esistono nè tra' beni, nè fuori* sono interpetrate da GERARDO NOODT. *Probab. lib.* 2, cap. 3.

§. 388. *Quum itaque has incorporales res tangi nequeant*, (§. 386), *consequens est*: 1 *ut proprie nec possideantur*, (§. 303 1), *nec tradantur* (§. 382, *1.°*), *nec in dominio sint* (§. 313, *); *sed tamen quasi possideantur, quasi tradantur, et in* bonis esse *intelligantur*, L. 49, D. de verb. sign. L. ult. D. de usufr. leg.

§. 389. *Res* corporales *in MOBILES et IMMOBILES dividuntur. MOBILES sunt*, quae vel se ipse virtute intera movent, vel salvae de loco in locum moventur: *IMMOBILES*, quae citra corruptionem de loco in locum moveri nequeunt, ut res soli, vel quae immobilium partem constituunt, vel perpetui usus caussa certo loco sunt destinatae L. 13, 14, 15, et 17, pr. D. de act. empt. L. 242, § *ult. D. de verb. signif.*

§. 390. *Proinde obligationes, iura, et actiones, rerum mobilium, et immobilium vocabulo non continentur* L. 7, §. 4, D. de pecul. L. 15, §. 2; D. de judic. L. un. §. 7, C. de rei ux. act. lib. 2, C. de quadrienn. praescript.

TITULUS III.

De servitutibus praediorum.

§. 391. *Quum res incorporales in iure consistant* (§. 386), *et talia iura etiam sint SERVITUTES, eaeque praeterea sint inter iura in re numerandae* (§. 354, 4): *de iis agitur titulis sequentibus.*

§. 392. *SERVITUS est* ius in re aliena constitutum, quo dominus in re sua aliquid pati, vel non facere tenetur, in alterius personae reive utilitatem, L. 15, §. 1, D. h t. *Ergo hic non servit homo, uti supra* (§. 79), *sed res, et quidem vel praedio vicino, vel personae. Prior servitus REALIS vel PRAEDIALIS*; *posterior PERSONALIS dicitur*, L. 1, D. h. t. L. 32, D. de usufr., *et huc pertinent USUFRUCTUS, USUS, HABITATIO, OPERAE SERVORUM*, d. L. 1, D. h. t. *Iam de realibus agendum.*

§. 393. *Servitus REALIS est*, quando praedium servit praedio, §. 3, Inst. h. t. L. 1, §. 1, D. commun. praed. *Unde sine praedio servitus non intelligitur*, L. 1, §. 1, D. comm. praed. tam. urban. quam rust.

§. 394. *Quum vero praedia vel* soli habitationi *vel* usui aeconomico *destinata sint*: *illa, sive ruri, sive in urbe sita, URBANA*; *haec itidem, sine situs discrimine, RUSTICA a ICtis vocantur*, §. 1, Inst. h. t. L. 1, pr. D. comm. praed. *Nec interest, aedificia sint, an areae. Nam et horti aedificiis*

§ 388. Dal che le cose corporali non possonsi toccare (§. 386), ne segue: 1.° che le stesse a retto parlare non si possono nè possedere, nè dare (§. 382, 1.°); e che nè sono nel dominio (§. 303); 2°. ma che intanto quasi posseggonsi (303,) quasi trasferisconsi e presumonsi di essere nel nostro patrimonio (*L.* 49, *D. de verb. sign. L. ult. D. de usufr. leg.*).

§. 389. Le cose corporali dividonsi in MOBILI e IMMOBILI. I MOBILI *sono quelli che muovonsi o da loro stessi mercè una forza interna*, o che possonsi trasferire da un luogo *in un altro senza deteriorarli.* Gl' IMMOBILI *sono quelli che senza deterioramento non possonsi trasportare da un luogo in un altro, come le cose attaccate al suolo, o che fan parte de' beni immobili, o che sono addette ad un dato luogo per suo uso perpetuo (L.* 13, 14, 15, e 17, *pr. D.de act. empt. L.*242, *§. ult. D. de verb. signif.*)

§. 390. Sicchè le obbligazioni, i dritti, e le azioni non sono comprese nella denominazione di cose mobili ed immobili (*L.* 7, *§.* 4, *D. de pecul. L.* 15, *§.* 2, *D. de judic. L. un. §.* 7, *Cod. de rei. ux. act. L.* 2, *C. de quadrienn. praescr.*).

TITOLO III.

Delle servitù prediali.

§. 391. Siccome le cose corporali consistono nel dritto (§. 386), ed essendo le servitù nel numero di tali dritti, e dovendosi inoltre annoverare tra' que' reali (§. 334, 4.°), così si tratterà di esse ne' seguenti titoli.

§. 392. La SERVITU' *è un dritto costituito sulla cosa altrui, mercè del quale il padrone della stessa è tenuto di soffrire, o di non fare qualche cosa sulla sua proprietà, per lo vantaggio di un' altra persona, o di un' altra cosa L.* 15, *§.* 1, *D. h. t.*). Quindi nella servitù non serve l' uomo, come di sopra si è detto (§. 79), ma la cosa: e questa o serve immediatamente al fondo vicino, o alla persona. La prima specie di servitù dicesi REALE o PREDIALE, la seconda PERSONALE (*L.* 1, *D. h. t. L.* 32, *D. de usuf.*). Alla seconda appartengono l' USUFRUTTO, l' USO, l' ABITAZIONE e le OPERE DE' SERVI (*D. L.* 1, *D. h. t.*). Passiamo a trattare delle servitù reali.

§. 393. La servitù è REALE allorchè un fondo serve ad un altro (§. 3, *Inst. h. t. L.* 1, *D. commun. praed.*). Quindi non dassi servitù senza fondo (*L.* 1, *§.* 1, *D. com. praed. tam urb. quam rust.*).

§. 394. Siccome i fondi sono destinati o soltanto all' *abitazione* o all' uso *economico*, così i primi diconsi URBANI siti sia in campagna, sia in città; i secondi RUSTICI senza distinzione di sito (§. 1, *Inst. h. t. L.* 1, *pr. D. com. praed.*). Nè importa se siano edifici o aje; imperocchè i giardini annessi alle

adiecti urbana praedia vocantur, si non plurimum eorum in reditu sit, L. 198, D. de verb. sign., *et villae dicuntur praedia rustica*, (L. 211, D. eod.). *Unde servitutes a dominante praedio vel* urbanorum, *vel* rusticorum *praediorum dicuntur.* (*a*)

§. 395. *De omnibus servitutibus observanda axiomata*: *I Omnem servitutem esse in re aliena* (§. 392), *neque rem suam cuiquam servire*, L. 5, pr. D. si usufr. pet. *II. Nullam servitutem in faciendo, sed vel in* patiendo, *vel* in non faciendo *consistere* (*b*), L. 15, §. 1, D. de serv. *III Omnes servitutes esse individuas*, L. 2, §. 2, L. 72, pr. D. de verb. obl. *IV.* Servitutum caussam esse debere perpetuam, L. 28, D. de serv. praed. urb. L. un. §. 4, D. de font. L. 1, §. 5, de acqu. quotid. L. 29, D. de serv. urb. praed.

§. 396. *Quum ergo servitus sit ius in re, et quidem in re aliena* (§. 395.), *sequitur*: 1 *ut constituatur quidem pactionibus, vel stipulationibus*, §. 4, Inst. h. t.; 2.° *ultimis voluntatibus*, §. 4. Inst. h. t. L. 16, D. comm. praed.; 3 *praescriptione decem annorum inter praesentes, viginti inter absentes*, L. ult. in fin. C. de praesc. longi temporis (§. 215.); 4 *ipsum tamen ius in re non ex pactione, sed ex quasi-traditione* ἀμέσως *nascatur, si servitus sit adfirmativa* (*c*) (§. 339 **) D. ult. D. de servit. L. 1, fin. D. de servit. praed. rust. L. 11, §. 1, D. de public. in rem act.; 5, *ut, si praedium serviens a dominantis domino, vel dominans a servientis domino adquiritur, servitus extinguatur* L. 1, D. quemadm. serv. amitt.

§. 397. *Quumque vel in patiendo, vel in non faciendo consistat* (§. 395, 2.), *infertur*, 6 *servientis praedii dominum non teneri ad reficiendum id quo praedium suum idoneum sit prestandae servituti*, L. 15, §. 1, D. de servit.

§. 398. *Denique quum omnes servitutes sint individuae* (§. 395. 3.), *consequens est, ut nec per partes constitui, nec ad-*

(*a*) *Magna olim inter has servitutes differentia; quia, quae rusticis praediis haerebant, res mancipi, quae urbanis, nec mancipi erant* (§. 330 *): *sed abolita hac distinctione, ipsum quoque servitutum harum discrimen hodie perquam est exiguum.*

(*b*) *Quae in* patiendo *consistunt*, *ADFIRMATIVAE*; *quae in* non faciendo, *NEGATIVAE adpellantur. Illae* quasi traduntur; *haec* nec tradi, nec quasi tradi *possunt* (§. 339 **).

(*c*) *Ergo servitus promissa petitur tantum actione ex stipulatu; legata autem vel actione personali ex testamento, vel reali confessoria: iam constituta sola actione reali confessoria. Ratio, cur et reali actione peti possit servitus ex testamento relicta, iam supra occupata est* (§. 399, **), *quia videlicet legata, et sine traditione, pleno iure adquiruntur*, L. ult. D. de serv. legat.

abitazioni annoveransi fra' fondi urbani, purchè non producano una rendita nella maggior parte (*L.* 198, *D. de verb. sign.*), e le ville si hanno tra' fondi rustici (*L.* 211, *D. eod.*). Laonde le servitù diconsi urbane o rustiche dal fondo dominante (*a*).

§. 395. Sulla servitù debbonsi osservare i seguenti assiomi: 1.° che ogni servitù sia costituita sulla cosa altrui (§.392), poichè non evvi servitù alcuna sulla quella propria (*L.*5, *pr. D. si usufr. pet.*); che nessuna servitù consiste nel fare, ma nel *soffrire* o nel *non fare* (*b*) (*L.* 15, §. 1, *D. de serv.*); 3.° che tutte le servitù sieno indivisibili (*L.* 2, §. 2, *L.* 72, *pr. D. de verb. obl.*); 4.° che la causa delle servitù debba essere perpetua *L.* 28, *D. de serv. praed. urb. L.* 23, §. 1, *D. de serv. praed. urb. L. un.* §. 4, *D. de font. L.* 1, §. 5, *D. de aqu. quotid. L.* 29, *D. de serv. urb. praed.*).

§. 396. Essendo la servitù un dritto reale, ed anche nella cosa altrui (§. 395), ne segue: 1.° che stabiliscasi con patti o con stipulazioni (§. 4, *Inst. h. t.*); 2.° con atto di ultima volontà (§. 4, *Inst. h. t. L.* 16, *D. com. praed.*); 3.° colla prescrizione di dieci anni tra presenti, di venti tra assenti (*L. ult. in fin. Cod. de prescript. longi temp.*) (§. 215); 4.° che il dritto reale intanto non nasca immediatamente dalla convenzione, ma dalla quasi-tradizione, se la servitù è affermativa (*c*) (329, *) (*L. ult. D. de serv. L.* 1, *fin. D. de serv. praed. rust. L.* 11, §. 1, *D. de publ. in rem. act.*); 5.° che se il predio servente acquistasi dal padrone di quello dominante, o viceversa, la servitù resti estinta (*L.* 1, *D. quaemadm. servitut. amitt.*).

§. 397. E siccome la servitù consiste o nel tollerare o nel non fare (§. 395, 2.°), ne segue, 6.° che il padrone del fondo servente non sia tenuto a riparare tutto ciò che rende il suo fondo atto a prestare questa servitù (*L.* 15, §. 1, *D. de servitut.*).

§. 398. Finalmente, siccome tutte le servitù sono indivisibili (§. 395, 3.°), ne segue che non si possano costituire in

---

(*a*) Eravi anticamente grande differenza tra siffatte servitù; poichè quelle costituite sopra fondi rustici erano delle cose di mancipazione; quelle poi su' fondi urbani di non mancipazione (§. 330,*). Abolito una cosiffatta distinzione la differenza di queste servitù al presente è di poco o niun conto.

(*b*) Le servitù che consistono a *soffrire* diconsi AFFERMATIVE, quelle che consistono a non *fare* NEGATIVE. Le prime ricevono una quasi-tradizione; le altre non ammettono nè tradizione, nè quasi-tradizione (§.339**).

(*c*) Quindi la servitù promessa dimandasi coll'azione di stipulazione; la servitù legata o coll'azione personale, in virtù di testamento, o con quella reale confessoria; la servitù già *costituita*, colla sola azione reale confessoria. La ragione per la quale una servitù lasciata con testamento può essere anche domandata coll'azione reale confessoria è già stata di sopra indicata (§. 339,**), cioè che i legati acquistansi di pieno dritto e senza tradizione *L. ult. D. de serv. leg.*

quiri possint, L. 8, §. 1, L, 9 et 11, §. 1, L. 17, D. de servit. *quamvis haec non impediant*, *quominus modus servituti adiici queat*, L. 4, §. 1, D. eod.

§. 399. *SERVITUTES PRAEDIORUM URBANORUM* (§. 394.) *variae sunt*, *veluti* oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi, protegendi, stillicidii, vel fluminis recipiendi, vel non recipiendi, altius tollendi, luminum, et ne luminibus officiatur, prospectus, et ne prospectui officiatur, L. 2, 3 et 4, D. serv. urb. praed. §. 1, Inst. de serv.

§. 400. *ONERIS FERENDI servitus in eo consistit*, quod columna vicini vel eiusdem paries onus aedium nostrarum sustinere tenetur, §. 1, Inst. h. t. L. 33, D. de serv. urb. praed.

§. 401. *Quum ergo servitus in faciendo non consistat* (§. 395, 1.°), *nec serviens ad refectionem ordinarie teneatur* (§. 397, 6), *facile patet*, *dominantem et hic ordinarie parietem*, *vel columnam vicini*, *cui aedes suae incumbunt*, *reficere debere*, L. 6, §. 2, D. si serv. vind., *adeoque non esse*, *cur hic statuamus servitutem anomalam* (*a*).

§. 402. *TIGNI IMMITTENDI servitus* est ius, quo vicinus pati cogitur, ut vicini tignum, suo parieti immissum, in eo requiescat, L. 20, D. serv. praed. urb. Lib. 142, §. 1. D. de verb. sign.

§. 403. *PROJICIENDI servitus est* ius in praedio vicini, ut tignum nostrum super fundum suum provehi patiatur, quamquam in nulla parte fundi requiescat (*b*), Lib. 242, §. 1, D.

(*a*) *Equidem lis fuit inter veteres*, *sed non de quaestione*, *an praedii servientis dominus columnam reficere teneatur*, *sed an eiusmodi pactum iniri possit*, *ut reficiat? Negabat id AQUILIUS GALLUS*, *quia id contra naturam servitutum esse videbatur*; *sed adfirmabat SERVIUS*, *cuius sententia praevaluit*, *ita explicata a LABEONE*, *ut quia non homo*, *sed res serviat*, *licere dixerit domino columnam derelinquere*, L. 6, §. 2, D. si serv. vind. *Et de eius modi pactione manifeste loquitur PAULLUS*, L. 33, D. de servit praed. urb. *quia alter ab altero fuerat stipulatus*; paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit. *Si quis tibi itaque hoc modo non fuisset stipulatus*, *non servientis*, *sed dominantis praedii dominus reficere parietem procul dubio tenebatur*.

(*b*) *Talia* maeniana *et* suggrundia. Maeniana *erant proiecta*, *spectandi caussa facta*, *in quibus insisterent spectatores. Quae utrum a Maenio censore*, *an a iuvene eius nominis prodigo dicta sint*, *non adeo expeditum. Vide FEST.* hac voce, et *ISIDOR.* Orig. lib. 15, cap. 3. *Reliqua proiecta*, *quae vel in tectis*, *vel in quacumque aedium parte*, *vel prospiciendi*, *vel stillicidii avertendi caussa fiunt*, *a suggrediendo* suggrundia *vocantur. VITRUV.* l. 2, c. 9, l. 4, c. 2.

parte, nè in parte acquistarere, (*L.* 8, §. 1, *L.* 9 e 11, §. 1, *L.* 17, *D. de servit.*), benchè siffatte cose non impediscano che alla servitù si metta un termine (*L.* 4, §. 1, *D. eod.*).

§. 399. Le SERVITU' DE' FONDI URBANI (§. 394) sono di diverse specie, tali che *quelle di sostenere un peso, d'intromettere una trave, di far sporgere in fuori o cuoprire sul fondo vicino, di ricevere, o non ricevere la stillicidio, o il canale, d'innalzare l' edificio, d' impedire al vicino l'innalzamento del suo, d'impedire o di non impedire i lumi, d' impedire o non impedire il prospetto* (*L.* 2, 3 e 4, *D. de serv. urb. praed.* § 1, *Inst. de serv.*).

§. 400. La servitù di SOSTENERE UN PESO consiste in ciò che il pilastro del vicino o la sua muraglia dee sostenere il peso della nostra casa (§. 1, *Inst. h.t.L.*33, *D. de serv.urb. praed.*).

§. 401. Siccome dunque la servitù non consiste nel fare (§. 395, 1.°), e che il padrone del fondo servente non sia ordinariamente tenuto a veruna riparazione (§. 397, 6.°), chiaro risulta che il padrone del fondo dominante sia per commune regola tenuto a rifare il pilastro o la muraglia, in cui la sua casa poggia (*L.* 6, §. 2, *D. si serv. vind.*), e per conseguenza non è qui uopo di stabilire una servitù anomala (*a*).

§. 402. La servitù di CONFICCARE UNA TRAVE, *è un dritto, mercè del quale il vicino è tenuto a soffrire che la trave del vicino venghi conficcata nella sua muraglia, e vi resti poggiata* (*L.* 142, §. 1, *D. de V. S.*).

§. 403. La servitù di DISTENDERE, *è un dritto sul fondo del vicino, ad oggetto di tollerare che la nostra trave si distenda sul suo fondo, quantunque non poggi in alcuna parte dello stesso.*) (*a*) (*L.* 242, §. 1, *D. de V. S.*). La ser-

---

(*a*) È vero che tra gli antichi fuvvi discussione, ma non sulla quistione di sapere se il padrone del fondo servente fosse tenuto di rifare il pilastro, ma se poteva stipulare convenzione sopra siffatta rifazione. AQUILIO GALLO pensava che no, perchè ciò sembrava contro la natura delle servitù. Ma SERVIO pensava che si, e il suo parere prevalse, come viene spiegato da LABEONE, il quale dice che siccome non è l'uomo che serve, ma la cosa, così sia permesso al padrone di abbandonare la colonna (*L.* 6, §. 2, D. *si serv. vind.*). Di siffatta convenzione parla chiaramente PAOLO, *L.* 33, *D. de serv. praed. urb.* perchè una persona avea coll' altra stipulato; *la vostra muraglia resterà tale quale è col sostenere il peso di mia casa.* Se dunque non interponevasi una siffatta stipulazione non il padrone del fondo servente, ma quello del fondo dominante era tenuto di rifare la muraglia.

(*a*) Tali sono *le moeniana* e le *suggrundia*. Le *moeniana* erano degli sporti fatti per cagione di favorire la veduta, e su' quali mettevansi gli spettatori. Non si sa se siffatta denominazione derivò da Menio censore, o da un giovine prodigo così chiamato. Veggasi FESTO su tal vocabolo, e ISIDORO, *Orig.* 15. Gli altri sporti praticati o su' tatti, o sopra qualunque altra parte dell' edificio, sia per guardare da lontono, sia per divergere lo stillicidio, vennero detti *suggrundia* a *suggrediendo*. VITRUVIO, *lib.* 2, *cap.* 9, *lib.* 4. *cap.* 2.

de verb. sign. *PROTEGENDI servitus* ius, protectum super alienum solum habendi, L. 2, de serv. praed. urb.

§. 404. *STILLICIDII, vel FLUMINIS RECIPIENDI servitus est ius;* quo vicinum praedium tenetur recipere stillicidium vel flumen nostrum in tectum vel aream suam, D. L. 2, D. de serv. praed. urb. *NON RECIPIENDI*, ius quo vicinus stillicidium vel flumen ex aedibus suis in aream vel tectum vicini avertere prohibetur, quum id per statutum liceat. *Ita rem exponunt VINN.* ad §. 1, Inst. h. t. *ULR. HUBER.* Prael. ad Inst. h. t. §. 9. *Quamvis et ita definiri possit, quod sit ius, quo quis stillicidium vel flumen suum in suam aream recipere non potest, sed in nostram avertere, et aquam pluviam nostris usibus relinquere tenetur,* Pand. Part. II. §. 145. *Differunt vero FLUMEN et STILLICIDIUM, quod per illud aqua pluvia in canales collecta continuo ruit; per hoc stillatim ex tecto cadit. VARRO* de ling. lat. L. 4, c. 5.

§. 405. *Servitus ALTIUS NON TOLLENDI est* ius, quo vicinus in commodum vicinarum aedium suas altius tollere prohibetur, Lib. 2, D. de serv. praed. urb. §. 2, D. de serv. praed. urb., § 1. Inst. h. t. *Servitus ALTIUS TOLLENDI*, est ius quo quis pati cogitur, ut vicinus aedes suas altius tollat, quam per statutum licet (*f*), §. 2, Inst. de act. *Unde ponendum, extare statutum, quo vicinus, inconsulto vicino, ultra modum lege definitum aedificare nequeat*, L. 12, §. 1, C. de aedific. priv.

§. 406. *LUMINUM servitus est* ius cogendi vicinum, ut fe-

(*f*) *Elegans quidem est coniectura A.A. PAGENSTECHERI in* Sicilim. Manip. III. p. 70, *servitutem altius tollendi fuisse constitutam, quoties vicinus a vicino sibi stipularetur ius contignationem imponendi eius aedibus. Cuiusmodi quid aliquando factum esse, ex* L. 2, pr. D. de servit. urb. praed., *colligit. Sed et hanc coniecturam, ut fere reliquas doctorum explicationes, incommoda haud levia premunt. Nam* 1 *dominus praedii dominantis tunc confessoriam actionem instituere non potuisset hac formula*: ajo mihi ius esse aedes *MEAS* altius tollendi, §. 2, Inst. de act. 2 *Servitus altius tollendi hoc modo non discreparet a servitute oneris. Denique* 3 *ex* L. 1, pr. D. de servit. urb. praed. *constat*, si intercedat solum pubblicum, vel via publica, neque itineris, actusve, neque *ALTIUS TOLLENDI* servitutes impediri. *Cui usui vero quis alienis aedibus imponeret contignationem, ad quam ex suis aedibus accessus haud pateret? Fateor tamen, non multo minoribus incommodis hanc, quam nos sequuti sumus Ioan. FABRI., DONELLI, DUARENI, CORASII, VINNII, aliorumque sententiam premi.*

vitù di AVANZARE IL SUO TETTO, *è il dritto di avanzare un tetto sul fondo altrui* (*L.* 7 , *D. de serv. praed. urb.*).

§. 404. La servitù di RICEVERE LO SCOLO DELLE ACQUE o UN CANALE, *è un dritto col quale il fondo vicino è tenuto di ricevere la sgocciolatura o la grondaia del nostro canale nel suo tetto o nel suo fondo* (*D. L.* 2, *D. de serv. praed. urb.*). La servitù di NON RICEVERE LA GRONDAIA o IL CANALE, *è un dritto col quale il vicino è inibito di dirigere lo stillicidio , o il canale del suo edificio nel terreno o nel tetto dell' altro vicino , quando anche gli statuti locali il permettano*. Così la prefata servitù fu definita da VINNIO , *ad* §. 1, *Inst. h. t.* §. 9 , e da HUBER , *Praelect. ad Inst. h. t.* § 9.). Benchè si possa definire *un dritto, mercè del quale taluno non potendo ricevere la grondaia o il canale nel suo terreno, è tenuto di rivolgerlo sul nostro , e di lasciare l'acqua* di *pioggia a' nostri usi* (*Pandect. nostr. p.* 2. §. 145). Evvi tra CANALE , e GRONDAIA , questa differenza che col primo l' acqua piovana scorre liberamente , col secondo cade a goccia a goccia (VERRONE , *de lingu. lat. lib.* 4 , *cap,* 5).

§. 405. La servitù di NON ELEVARE PIU' ALTO, *è un dritto*, *mercè del quale il vicino è tenuto di non innalzare più in alto il suo edificio per comodità delle abitazioni vicine* (*L.* 2 , *D. de serv. praed. urb.* , §. 1 , *Inst. h. t.*). La servitù DI ELEVARE PIU' ALTO, *è un dritto* , *pel quale taluno è tenuto di soffrire che il vicino innalzi il suo edificio più di quello che gli statuti permettono* (a) (§. 2, *D. de serv. praed. urb.*, § 1, *Inst. h. t.*). Laonde deesi presumere che vi esista uno statuto, mercè del quale il vicino non possa senza il consenso dell' altro vicino innalzare il suo edificio più di quello che la legge abbia determinato (*L.* 12, § 1 *de aedific. priv.*).

§. 406. La servitù di LUME, *è il dritto di costringere il*

(a) Ingegnosa è la congettura di PAGENSTECHER, *Sicilim. Manip.* 3 , *pag.* 70. Che la servitù d'innalzare più in alto, dic' egli, viene stabilita tutte le volte che si stipulasse col vicino il dritto di sovrapporre un solaio al suo edificio ; e qualche cosa di simile rinviensi nella *L.* 2. *pr. D. de serv. rust. praed.* Ma una siffatta spiega al pari di quella di altri dottori incontra delle gravi difficoltà. Imperocchè 1.° il padrone del fondo dominante non avrebbe potuto in questo caso intentare l' azione confessoria secondo questa formola. *Io dico che ho il dritto d' innalzare più in alto le mie case* §. 2 , *Inst. de act.* 2.° La servitù d' innalzare più in alto in questo caso non differirebbe da quella di soffrire un peso. Finalmente 3.° in vigore della *L.* 1 , *pr. D. de serv. urb. praed* è certo, *che se vi sia frapposto o il suolo pubblico* , o *la strada pubblica ciò non osta che le servitù di sentiero , di passaggio e di elevare più in alto* non *possonsi impedire.* A quale uso dunque taluno sovraporrebbe un solaio sull' edificio del suo vicino, se a questo solaio non avesse l' ingresso dalle case proprie ? Confesso pure che vi sono del pari delle forti obiezioni contro la opinione da noi abbracciata, ch'è la stessa di FABRO, DONELLI , DUARENO , CORASIO, VINNIO ed *altri*.

nestras nostras in suo vel communi pariete excipiat, L. 4, et 40, D. de servit. praed. urb. *NE LUMINIBUS OFFICIATUR* servitus, est ius prohibendi vicinum, quominus quidquam in suo ad minuenda vel obscuranda lumina nostra facere possit L. 4, 15 et 17, pr. §. 1, L. 23, D. eod.

§. 407. *Servitus PROSPECTUS est* ius in praedium vicini prospiciendi, L. 12 et 16, D. eod. *Servitus NE PROSPECTUI OFFICIATUR* (*a*) ius prohibendi vicinum, quominus quidquam ad impediendum hunc prospectum facere possit, L. 3 et 15, D. eod.

§. 408. *RUSTICORUM PRAEDIORUM servitutes denuo sunt variae*, *uti* iter, actus, via, aquaeductus, *et similes. ITER* est ius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi, vel vehiculum L. 1, pr. D. de serv. rust. praed. pr. Inst. h. t. *ACTUS* est ius agendi iumentum, vel vehiculum (*b*), D. L. 1, pr. D. cod. pr. Inst. h. t. *VIA* est ius vehundi, agendi, et ambulandi, D. L. 1, pr. D. de servil. praed. rust.

§. 409. *Sed quum paullo obscuriores viderentur hae definitiones : alios has servitutes ex spatio aestimasse arbitror*, L. 13, D. de serv.; via *nimirum ex legibus XII tabularum erat ius ea agendi, vehundi, ferendique, quae intra spatium octo pedes in porrectum, sexdecim in anfractum extensum fieri possent*, L. 1, D. de serv. rust praed. *Eodem modo* actus *quatuor pedum in latitudine esse solebat. VARRO* de ling. lat. L. IV. c. 4, iter *forsan duorum.*

§. 410. *Inde vero facile intelligitur, cur* 1 *qui actum habet, et iter habeat* (c), *curque* 2 *via actum et iter complecti videatur*, L. 1, pr. D. de serv. rust. praed.

§. 411. *Servitus AQUAEDUCTUS est* ius aquam ducendi per fundum alienum. *Quumque eodem modo constitui possit ius aquam hauriendi ex fonde alieno* (*non tamen ex cisterna ob axioma IV* §. 395, L. un. §. 4, D. de font.); *pecus ad al-*

(*a*) *Unde huiusmodi constituta servitute, ne viridiarium quidem supra aedes habere potest vicinus, quod tamen potest in servitute altius non tollendi*, L. 12, D. eod.

(*b*) *Ast quale ? Sic sane non differt actus a via. At rem expedivit BYNKERSHOEK.* obser. lib. 4, c. 7, pag. 364, *ad totum hunc paragraphum intelligendum hic omnino conferendus.*

(*c*) *In pactionibus tamen utramque servitutem distincte exprimi consuevisse, patet ex marmore apud GRUTER*, Inscr. p. 201, n. 3.

vicino a ricevere l' apertura di una finestra nel suo muro od in quello comune (*L.* 4 e 40, *D. de serv. praed. urb.*). La servitù DI NON OPPORSI AL LUME, *è il dritto d'impedisce al vicino di non far nulla nel suo muro che diminuisca o oscuri i nostri lumi* (*L.* 4 15, e 17, *pr.* §. 1, *L.* 23, *D. eod.*).

§. 407. La servitù di VEDUTA *è il dritto di guardare sul fondo vicino* (*L.* 12 e 16, *D. eod.*). La servitù di NON LIMITARE LA VEDUTA (*a*), *è il dritto d'inibire al vicino di fare cosa alcuna che possa impedire di estendere la veduta* (*L.* 3 e 15, *D. eod.*).

§. 408. Le servitù de' FONDI RUSTICI sono altresì di differenti specie, come di sentiero, di passaggio, di via, di acquidotti e simili. Il SENTIERO *è il dritto di camminare, di andare e di venire soltanto per l'uomo, ma senza condurci bestie da soma, o carri L.* 1, *pr. D. de serv. rust. praed. pr. Inst. h. t.*). IL PASSAGGIO, *è il dritto di far passare una bestia da soma, od un carro* (*b*) (*L.* 1, *D. eod.*). La VIA *è il dritto di far passare delle vetture*, degli armenti, e di camminarci (*D. L.* 1; *pr. D. de serv. praed. rust.*).

§. 409. Ma siccome le prefate definizioni sembrano alquanto oscure, credo che abbiano altri determinato questa servitù dallo spazio (*L.* 13, *D. de servit.*). La *via* secondo le leggi delle XII Tavole era il dritto di camminare, condurre vetture e portare tutto ciò che si poteva, nello spazio di otto piedi in linea retta, e di sedici nelle curvature (*L.* 1, *D. de serv. rust. praed.*). Dietro la stessa regola il *passaggio* avea quattro piedi di larghezza (VARRONE, *de ling. lat. lib.* 4, *cap.* 4); la *strada* quello di due.

§. 410. Da ciò facilmente comprendesi 1.° che chi ha il dritto di passaggio, ha pure quello di camminare (*a*), perchè 2.° la *via* sembra contenere il dritto di passaggio e quello di camminare (*L.* 1, *pr. D. de serv. rust. praed.*).

§. 411. La servitù di ACQUIDOTTI *è il dritto di condurre le acque per mezzo un fondo altrui*. E siccome si può collo stesso modo stabilire il dritto di attignere l'acqua dal fonte altrui e non dall'altrui cisterna a norma dell'assioma 4.° del §. 395. (*L. un.* §. 4, *D. de fonte*), come pure il dritto di con-

---

(*a*) Laonde costituita la servitù di talfatta, il vicino non può avere un giardino sulle sue case, il che far potrebbe nella servitù di non elevare più alto *L.* 12, *D. eod.*

(*b*) Ma quale specie di carri? Imperocchè per siffatta guisa non evvi differenza alcuna tra via e sentiero. Veggasi BYNKERSHOEK, *Obs. lib.* 4, *cap.* 7, *pag.* 364; autore che bisogna leggere con molta attenzione per comprendere tutto questo paragrafo.

(*a*) Sembra intanto che nelle convenzioni questi due servitù esprimevansi separatamente, come scorgesi da una iscrizione lapidaria presso GRUTERO, (*Inscr.* p. 201.)

terius rivum aquandi caussa adducendi, idve pascendi in alterius pascuis; lapides, arenas, cretam, pedamenta, ex alieno fundo sumendi: facile patet, esse etiam servitutes AQUAE HAUSTUS, PECORIS AD AQUAM ADPULSUS, IUS PASCENDI, CALCIS COQUENDAE, ARENAE FODIENDAE, CRETAE EXIMENDAE, et similes, quae tamen, si huius modi ius personae, non praedio, conceditur, etiam personales esse possunt (§. 392) L. 14, §. ult. D. de alim. legat.

§. 412. *Quin et multae aliae servitutes rusticorum praediorum, pro diversa rei rusticae indole, et fingi et constitui possunt, quarum non meminit ius Romanum.*

§. 413. *Quia eodem fere modo, quo res constituitur, eodem solvi et finiri solet*, L. 35, D. de regul. iur.; *finitur servitus I CONSOLIDATIONE* (§. 395, 5) L. 1, D. quemadm. serv. amit. L. 8, § 1, D. h. t. *II. REMISSIONE*, L. 14, §. 2, D. de servit, *quia, uti pactis et stipulationibus constituitur* (§. 396, 1), *ita iisdem solvitur. Quin sufficit remissio tacita, quando quid fieri conceditur, quod usum servitutis impedit*, L. 8, pr. D. quemadm. servit. amitt. *III Non utendo per decem annos inter praesentes, et viginti inter absentes* (a), L. 18, §. 1, D. quemadm. serv. amitt. *Eiusdem enim temporis praescriptione constituitur* (§. 396, 3). *IV INTERITU PRAEDII ALTERUTRUM*, L. 14, D. eod, *sine quo quippe ius praedii non intelligitur* (§. 393), *quamvis restituto praedio et servitus reviviscat*, L. 20, §. 2, D. de serv. praed. urb.

TITULUS IV.

De Usufructu.

§. 414. *Hactenus de servitutibus* praedialibus, *in quibus praedium servit praedio. His opponuntur PERSONALES*, quando praedium servit personae (§. 392): *quarum prima est USUSFRUCTUS* (§. eod.).

§. 415. *UTI et FRUI ita differunt, ut* usus *necessitate circumscribatur*; fruitio *non modo ad utilitatem, verum etiam ad voluptatem pertineat, SENECA* de vit. beat. cap. 10. *USUS vero et ABUSUS ita differunt, ut* utamur *salva rei substan-*

(a) *In servitutibus praediorum rusticorum solus ille non-usus ius domini praedii dominantis extinguit. In urbanorum praediorum servitutibus ille non usus non sufficit, nisi servientis praedii dominus simul susceperit libertatem*, L. 6, 7, D. de servit. praed. urban., *id est, factum servituti constitutae contrarium continuo exercuerit, veluti foramina, quibus immissa fuerant tigna, obturando, obturataque per legitimum tempus habendo*, d. Lib. 6, *Rationem iam reddidit ULR. HUBER*: Praelect. Pand. l. 8, t. 6, §. 6.

durre ad abbeverare il bestiame all' altrui fonte ; o quello di pascolare ne' pascoli altrui ; il dritto di prendere nel fondo di un altro delle pietre , della sabbia , della creta, e di gittar le fondamenta, facilmente conoscesi che vi sieno delle servitù di ATTIGNERE ACQUA, DI ABBEVERARE IL BESTIAME, DI PASCOLO, DI CUOCERE LA CALCE, DI RACCOGLIERE L'ARENA , DI SCAVARE LA CRETA ed altri simili ; quali servitù potrebbero essere personali se il dritto non al fondo ma alla persona venisse accordato (392) (*L.* 14, §. *ult. D. de alim. legat.*).

§. 412. Vi sono altresì molte altre servitù rurali che possonsi stabilire e immaginare secondo la natura delle cose rustiche , e delle quali il dritto romano non parla.

§. 413. Siccome una cosa finisce ed estinguesi cogli stessi mezzi che la stabiliscono (*L.* 35 , *D. de reg. jur.*) , così la servitù estinguesi 1.° colla CONSOLIDAZIONE (§. 396, 5.°) (*L.* 1 , *quemadm. serv. amitt. L.* 8 , §. 1 , *D. h. t.*) ; 2.° colla REMISSIONE (*L.* 14 , §. 2 , *D. de serv.*) , perchè essendo stabilita con patti e con stipulazioni può finire nella stessa guisa (§. 396, 1.°); anzi basta una tacita remissione, allorchè permettesi che si faccia qualche cosa a fin d' impedire l' uso della servitù (*L.* 8 , *pr. D. quemad. serv. amitt.*) ; 3.° col NON USO di dieci anni tra presenti , e venti tra assenti (*a*) (*L.* 18 , §. 1 , *D. eod.*), perchè costituiscesi colla prescrizione del medesimo tempo(§.396, 3.°); 4.° coll'ANNICHILIMENTO D'UNO DE' FONDI (*L.* 14, *D. eod.*), senza del quale il dritto prediale non esiste (§. 393) , sebbene ristabilito il fondo rinasca la servitù (*L.* 20 , §. 2, *D. de serv. praed. urb.*).

TITOLO IV.

Dell' usufrutto.

§. 414. Finora delle servitù prediali , mercè le quali un fondo serve ad un altro. A queste oppongonsi le PERSONALI , *allorchè un fondo serve alla persona* (§. 392) ; la prima delle quali è l' USUFRUTTO (lo stesso §.)

§. 415. USO e GODIMENTO differiscono in ciò che il primo è circoscritto dalla necessità ; il secondo contiene nello stesso tempo l' utile e il dilettevole (SENEC. *de vita beata cap.* 1). USO e ABUSO differiscono in ciò che il primo conserva la so-

(*a*) Nelle servitù de' fondi rustici il solo non uso estingue il dritto del fondo predominante. Nelle servitù poi de' fondi urbani questo non uso non basta, eccetto che nello stesso tempo il padrone del fondo servente non abbia agito in modo da far prescrivere la libertà del fondo, *L.*6, 7, *D.de serv. praed. urb.* se non abbia cioè esercitato senza interruzione un fatto contrario alla servitù, turando, per esempio, i fori pe' quali passavano le travi del vicino , e tenendoli chiusi pel tempo devoluto dalla legge *D. L.* 6 , ULR. HUBER *Praelect. D. lib.* 8 , *tit.* 6 , §. 6, ne ha dato la ragione.

tia; abutamur *disperdendo rem et fructum. DONAT.* ad *TERENT.* Andr. prol. *Vide GER. NOODT* de usufructu Lib. I. cap. 1.

§. 416. *Ex quibus intelligitur definitio PAULLI: USUSFRUCTUS est* ius rebus alienis utendi, fruendi, salva earum substantia, L. 1, D. de usufr. Ius *illud est ratione usufructuarii*; servitus *ratione proprietarii. Deinde est* ius in rebus alienis (§. 395, 1), *neque enim hic intelligitur ius propriis rebus utendi fruendi, quod doctores vocant* usumfructum caussalem. L. 21, §. 3, D. de except. rei iudic. Salva *vero* rerum *substantia utendum fruendum est, quia alioquin non esset ususfructus, sed abusus* (§. 415).

§. 417. *Ex ipsa ergo vocabuli notione* (§ 395), *consequitur*: 1 *ut usufructuarius omnes fructus, civiles et naturales, sive ad necessitatem, sive ad voluptatem pertinentes percipiat*, L. 7, pr. L. 9, pr. et §. 7, L. 10 e 20, §. 1, L. 29 et 59, §. 1, D. h. t.; 2 *attamen non nisi ordinarios. Unde nec thesaurum capit.* L. 7, §. 12, D. solut. matrim. *nec partum ancillae*, L. 68, pr. D. de usufr. L. 28, §. 1, D. de usur.; *quia absonum videbatur, hominem in fructu esse, cuius caussa natura omnes fructus comparavit* (a), §. 37, Inst. de rer. divis.; 3. *ut rem fructuariam possit locare, immo et fructus, non autem ipsum ius suum vel usumfructum ita vendere extraneo, ut cedat, et ius in re transferat. Eatenus enim nihil agitur*, §. 3, Inst. de usufruct. unde ven obstant L. 66, D. de jur. dot. L. 12, § 2, D. de usufr. § 1, Inst. de us. et habit.

§. 418. *Deinde, quia utendum fruendum salva rerum substantia* (§. 416.), *sequitur*, 4, *ut usufructuarius rem ne in formam quidem meliorem transmutare possit*, L. 13, §. pen. L. 44, D. h. t.; 5 *ut eamdem reficere teneatur*, L. 7, §. 2, 3, L. 64, D. eod; 6. *ut tamquam bonus paterfamilias uti frui* §. 38, Inst. de rer. divis.; 7 *eoque nomine et de restitutione futura, nisi ususfructus lege constitutus sit, cautionem praestare debeat*, L. 1, D. de usufr. quemadm. caveat. L. ultim. §. 4, C. de bon. quae lib. *quam cautionem heres, non ipse testator remittere potest*, L. 7, D. ad leg. Falc. L. 1, C. h. t.

§. 419. *Ex eodem axiomate fluit*, 7, *usumfructum consistere non posse in rebus fungibilibus, quae numero, pondere*

(a) *Ratio haec plane Stoica est. Ex hypothesi enim Stoicorum omnia hominum caussa comparaverat natura*, *CIC.* de Offic. lib. 1, c. 6, de nat. Deor. lib. 2, c. 62, seq. de fin. lib. 3, c. 20. *Sed prior ratio est in* L. 27, pr. D. de hered. petit.

stanza ; il secondo consuma i frutti colla cosa (DONAT. *ad* TERENT. *Andr. prolog.* Veggasi Ger. NOODT. *de usufr. lib.* 1, *cap.* 1.).

§. 416. Per le cose dette comprendesi la definizione di PAOLO : *che l' usufrutto è il dritto di servirsi e di godere della cosa altrui senza alterarne la sostanza* (*L.* 1, *D. de usufr.*). L' usofrutto è un dritto per l'usufruttuario, e una servitù pel proprietario. Finalmente è un dritto sulla cosa altrui (§.395, 1.°), avvegnachè qui non si tratta del dritto di godere della sua propria cosa , ciò che da' dottori dicesi *usufrutto causale* (*L.* 21 , §. 3, *D. de except. rei jud.*). Bisogna servirsi e godere senza alterare la sostanza delle cose ; altrimenti vi sarebbe abuso e non già usufrutto (§. 415).

§. 317. Dalla stessa nozione del vocabolo (§. 395), ne segue : 1.° che l' usufruttuario percepisca tutt' i frutti civili e naturali sia per bisogno , sia per diletto (*L.* 7 , *pr. L.* 9 , *pr.* e §. 7 , *L.* 10 e 20 , §. 1 , *L.* 29 e 59 , §. 1 , *D. h. t.*); 2.° non percepisce che i soli frutti ordinari; e che per conseguenza non profitta nè del tesoro (*L.* 7 , §. 12 , *D. solut. matr.*) , nè del figlio della serva (*L.* 68 , *pr. D. de usufr. L.* 28 , §. 1 , *D. de usufr.*); perchè è sembrato strano che l' uomo fosse annoverato tra frutti , pel cui uso la natura li ha tutti creato (*a*) (§. 37 , *Inst. de rer. divis.*); 3.° che possa locare la cosa di cui gode l' usufrutto , e i frutti altresì ; ma in quanto al suo dritto , o l' usufrutto, non può alienarlo ad un estranco in modo da cedergli e trasferirgli il dritto nella cosa; avvegnachè su tal punto il contratto sarebbe nullo (§. 3, *Inst. de usufr.*), e perciò non si debbon riguardare opposte le *L.* 66 , *D. de jur. dot. L.* 12 , §. 2, *D. de usufr.* §. 1 , *Inst. de us. et habit.*).

§. 418. Dal che bisogna servirsi e godere senza alterare la sostanza (§. 416), ne segue 4.° che l'usufruttuario non possa cambiare la cosa nè tampoco in una forma migliore (*L.* 13 , §. *penult. L.* 44 , *D. h. t.*); 5.° che sia tenuto a ripararla (*L.* 7 , §. 2, e 3, *L.* 64 , *D. eod.*); 6.° che debba servirsene come diligente padre di famiglia (§. 38 , *Inst. de rer. divis.*); 7.° e che con questo titolo debba dare cauzione per assicurarne la restituzione, eccetto che l'usufrutto non sia stabilito dalla legge (*L.* 1, *D. usufr. quemad. cav. L. ult.* §. 4, *Cod. de bon. quae lib.*); e che siffatta cauzione può rimettersi dall' erede , ma non dal testatore (*L.* 7 , *ad Leg. Falcid. L.* 1 , *Cod. h. t.*).

§. 419. Dallo stesso assioma deriva 8 , che l' usufrutto non si possa stabilire sulle cose fungibili che consistono nel numero,

---

(*a*) Siffatta ragione è affatto stoica , perchè secondo l' ipotesi degli stoici , la natura ha tutto creato per l' uomo , CICERONE , *de Offic. lib.* 1 , *cap.* 6 ; *De nat. deor. lib.* 2 , *cap.* 62 , *sequ.*; *De fin. lib.* 3 , *cap.* 20. Ma rinviensi una ragione più adequata nella *L.* 27 , *pr. D. de hered. petit.*

et mensura constant, *quia non abutendum*, *sed utendum fruendum est* (§. 416). *Ast SCto sub Tiberio*, *ut videtur*, *cautum*, *ut et pecuniae*, *aliarumque quantitatum* (*a*), *non quidem verus*, *sed* ***QUASI-USUSFRUCTUS*** *esset*, *dum caveret quasi-usufructuarius*, *se mortuo*, *vel capite minuto*, *rem eiusdem generis*, *quantitatis et qualitatis restitutum iri* §. 2, Inst. de usufr. L. 7, et 8, D. de usufr. earum rer. quae usu. *GALVAN.* de usufr. c. 3, *GER. NOODT.* de ususfr. L. 1, c. 20.

§. 420. *Quia denique utitur fruitur rebus alienis* (§. 416), *consequens est*, 9 *ut eumdem et incommoda sequantur*, *qui percipit commoda*, *adeoque usufructuarius onera et tributa*, *quae rei imponuntur*, *sustineat*, L. 7, §. 2., D. de usufr.

§. 421. *Constituitur autem usufructus*, *vel* 1 lege, *veluti patri in peculio adventitio filiifamilias* (*b*), L. 6, C. de bon. quae lib.; *conjugi ad secundas nuptias transeunti in bonis ex liberalitate coniugis defuncti acceptis*, L. 3, *et* 5, *et* Authent. seq. C. de sec. nupt.; *vel* 2, a iudice *in iudiciis divisoriis*, *quod tamen rarius fieri oportet*, L. 6, §. 1, D. h. t. L. 6, §. 10, D. comm. div. L. 19, §. 1, D. famil. ercisc.; 3 *vel*. a domino, *sive per ultimam voluntatem*, *sive per pactiones et stipulationes*, *accedente quasi-traditione* (§. 339), L. 11, D. de servit. praed. rust., *sive per voluntatem tacitam*, *quae ex longi temporis praescriptione colligitur*, L. ult. in fin. C. de long. temp. praescript.

§. 422. *Quum autem in usufructu praedium serviat personae* (§. 414), *sequitur*: 1 *ut illud ius extinguatur morte usufructuarii naturali*, §. 3, Inst. h. t.; *vel*, *si civitati datum*, *elapsis centum annis* §. 56, D. h. t.; 2 *ut quia capitis deminutio maxima et media morti comparatur* (§. 225), *eadem et ususfructus perimatur* (*c*) §. 3, Inst. de usufr. L. 16, pr. §. 1, seq. C. de usufr.

(*a*) *An et vestium? Harum verus ususfructus esse dicitur*, L. 15, §. 4, D. h. t. *quasi-usufructus*, §. 2, Inst. h. t. *Sed videtur utrumque verum*, *prout testator vestibus vel aestimatis vel non aestimatis uti voluit legatarium*, *NOODT* Prob. iur II. 4.

(*b*) *Immo etiam in emancipati bonis pater dimidium ususfructus*, *tamquam praemium emancipationis*, *capit ex* L. 6. §. 3, C. de bon. quae lib. §. 2, Inst. per quas pers. *Sed id quidem hodie fit rarius*, *ob ea*, *quae diximus* §. 199. *Contra moribus hodie receptum*, *ut plurimis locis maritus gaudeat usufructu in bonis paraphernalibus uxoris*, *secus ac iure Romano*: *quamvis id vulgo probare velint ex* L. 9, §. D. de iur. dot. et L. 11, C. de pact. convent.

(*c*) *Olim etiam minima*, *uti auctor est* *PAULL.* Sent. recept. lib. 3, tit. 6. 29 *Sed id sustulit* ***IUSTINIANUS***, d. L. pen. C. h. t. (*Conf.*

peso e misura, perchè non si tratta di abusare, ma di servirsi e goderne (§. 416.). Con un senatoconsulto, per quanto sembra, promulgato sotto Tiberio, fu sancito, che sull'argento e le altre quantità (*a*) si avrebbe non un *vero* ma un *quasi-usufrutto*, purchè il quasi-usufruttuario dasse cauzione che morendo o soffrendo un cangiamento di stato verrebbe la cosa restituita nello stesso genere, quantità e qualità (§. 2, *Inst. de usufr. L.* 7, e 8, *D. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* GALV. *de usufr. cap.* 3, GER. NOODT. *de usufr. lib.* 1, *cap.* 20).

§. 420. Finalmente, perchè si può far uso e godere della cosa altrui (§. 416), ne segue 9.° che colui che percepisca l'emolumento, ne sopporti pure gl' incomodi, e per conseguenza l'usufruttuario è tenuto a' pesi e tributi imposti sulla cosa (*L.* 7, §. 2, *de usufr.*).

§. 421. L' usufrutto viene accordato o 1.° dalla *legge*, a cagion di esempio, al padre sul peculio avventizio del figlio di famiglia (*b*) (*L.* 6, *Cod. de bon. quae lib.*); allo sposo che passa a seconde nozze su'beni ricevuti dalla generosità del conjuge defunto (*L.* 3 e 5, *Auth. seq. Cod. de secund. nupt.*); o 2.° dal *giudice* ne' giudizi divisori di cui bisogna di raro avvalersi (*L.* 6, §. 1, *D. h. t. L.* 6, §. 10, *D. commun. distr. L.* 16, §. 1, *D. famil. ercisc.*); 3.° dal *proprietario*, sia in un atto di ultima volontà, sia ne' patti e nelle stipulazioni, allorchè evvi la quasi-tradizione (339) (*L.* 11, *D. de serv. praed. rust.*), sia mediante tacita volontà, che presumesi dalla prescrizione di lungo tempo (*L. ult. in fin. C. de long. temp. praescr.*).

§. 422. E siccome nell' usufrutto il fondo serve alla persona (§. 414), ne segue: 1.° che siffatto dritto estinguesi colla morte naturale dell'usufruttuario (§. 3, *Inst. h. t.*); e se si fosse dato ad una città estinguesi coll' elasso di cento anni (*L.* 56, *D. h. t.*). Che siccome il grande e medio cangiamento di stato sono equiparati alla morte (§. 225) fanno del pari cessare l' usufrutto (*a*) (§.3, Inst. de usufr. *L.* 16, *pr.* §. 1, *seq. Cod. de usufr*).

(*a*) Cosa debbasi dire de' vestimenti? Su di essi si può stabilire un vero usufrutto dice la *L.* 15, §. 4, *D. h. t.* un quasi-usufrutto §. 2, *Inst. h. t.*; ma sembra che sia vero l' uno e l'altro secondo che il testatore abbia voluto che il legatario si servisse degli abiti valutati o non volutati.

(*b*) Anzi il padre ha la metà in usufrutto su' beni dell' emancipato, come prezzo dell' emancipazione secondo la *L.* 6, §. 3, *C. de bon. quae liber.* §. 2, *Inst. per. quas. pers.*; ma al presente ciò di raro avviene per quel che abbiamo detto al §. 199. Per lo contrario oggigiorno è ricevuto nelle nostre consuetudini che in molti luoghi il marito goda l' usufrutto de' beni parafernali della moglie, contro la disposizione del dritto romano, sebbene pretendesi ciò autorizzare dietro la *L.* 9, §. 3, *D. de jur. dot.* e *L.* 11, *Cod. de pact. convent.*

(*a*) Anticamente estinguevasi altresì col piccolo cangiamento di stato secondo PAOLO, *Sent. rec. lib.* 3, *tit.* 6, §. 29; ma venne questo punto da Giustiniano abolito *D. L. penult. c. h. t.* Veggasi il §. 1, *Inst. de*

§. 423. *Et quia est ius in re aliena* (§. 416), *sequitur:* 3 *ut et consolidatione desinat ususfructus*, *quia re propria nemo uti frui potest* (§. 396, 5) ; *nec non* 4 *totius rei interitu*, *adeo*, *ut ne in area quidem duret*, L. 36, pr. D. §. 3, Inst. h. t. L. 30 et 31, D. quib. mod. ususfr. amitt. ; *immo et non usu decem annorum inter praesentes*, *viginti inter absentes* (§. 413, 3), L. pen. §. 1, C. de usufr. L. 13, de serv.

§. 424. *Denique quia ususfructus saepe pactionibus et stipulationibus constituitur* (§. 421, 3), *consequens est*, *ut* 6 *et soluto iure constituentis*, L. 16 et 19, D. quib. mod. usufr. amitt. ; *et* 7, *lapsu temporis*, *conventione definiti*, *expiret*, L. 5, C. de usufr. L. 15, D. quib. mod. usufr. amitt.

TITULUS V.

De usu et habitatione.

§. 425. *Hactenus de* usufructu, *sequitur USUS*, *tamquam altera servitutum personalium species* (§. 392).

§. 426. *Quemadmodum fructus latius patet*, *quam usus*, *adeoque usufructuarius non solum pro modo necessitatis*, *sed et omnes rei proventus*, *ad voluptatem etiam pertinentes capit* (§. 415), *ita facile patet*, usum esse ius, alienis rebus tantum ad necessitatem utendi, salva earum substantia, §. 1, Inst. h. t.

§. 427. *Inde ergo fluit*: 1 *minus esse in usu*, *quam in usufructu*, §. 1, Inst. h. t.; *II usum sola necessitate quotidiana definiri*, L. 2, pr. D. h. t.

§. 428. *Ex quibus axiomatibus sequitur*: 1 *ut*, *qui fundi usum habet*, *is pro modo conditionis*, *oleribus*, *pomis*, *floribus*, *foeno*, *stramentis*, *lignis*, *uti*, *non vero reliquos fructus capere possit*, §. 1, Inst. L. 10, §. 4, L. 11, seq. D. h. t. ; 2 *ut aedium usuarius*, *istas quidem pro necessitate inhabitare*, *sed non aliis locare*, *et vix hospitem recipere possit*, §. 3, Inst. h. t. L. 2, §. 1, L. 3, seq. D. h. t.; 3 *ut pecorum usuarius de lacte*, *lana*, *stercore*, *modicum quo opus est*, *capiat*, *non autem foetum*. §. 37, Inst de rer. divis. L. 12, §. 2 e 3, D. § 4, Inst. h. t.; 4 *ut usuarius ius suum ordinario aliis locare*, *aut gratis concedere nequeat*, §. 1, Inst. h. t. L. 12, §. 4, L. pen. pr. D. h. t.

§. 429. *Tertia servitutum personalium species*, *puta HABITATIO* (§. 392), *est* ius alienas aedes inhabitandi, salva

---

§. 1, Inst. de adquis per arrog.). *Ceterum civitas quoque capite minuta censetur*, *si aratrum passa*, L. 21, D. quib. mod. usufr. amitt.

§. 423. Dal che è un dritto sulla cosa altrui (§. 416), ne segue 3.° che l'usufrutto cessa colla consolidazione, perchè non evvi usufrutto sulla cosa propria (§. 396,5.°), e che cessa egualmente 4.° coll'annichilamento totale della cosa, di guisa che non sussiste neppure sul suolo che resta (*L.* 36, *pr. D.*, §. 3, *Inst. h. t. L.* 30 e 31, *D. quib. mod. usufr. amitt.*); che cessa altresì 5.° col non uso per dieci anni tra presenti e venti tra assenti (§. 413, 3.°) (*L. penult.*§.1, *Cod.de usufr.L.* 13,*de servit.*).

§. 423. Finalmente dal che l'usufrutto spesso stabiliscesi con patti e stipulazioni (§. 421,3.°), se ne conchiude 6. che spira al cessare del dritto di colui che l'ha stabilito (*L.* 5, *Cod. de usufr. L.* 15. *D. quib mod. usufr. amitt.*); e 7.° scorso il tempo convenuto.

TITOLO V.

Dell' uso e dell' abitazione.

§. 424. Finora dell'*usufrutto*; segue l'USO, altra seconda specie delle servitù personali (§. 392).

§. 426. Siccome l'usufrutto è più esteso dell'uso, e per conseguenza l'usufruttuario percepisce non solo *i* frutti in ragione del bisogno, ma altresì tutt'i proventi della cosa, anche per diletto (§. 415), così facilmente comprendesi che l'USO *sia il dritto di servirsi della cosa altrui soltanto per la necessità e senza alterarne la sostanza* (§. 1. *Inst. h. t.*).

§. 427. Risulta dunque da ciò: 1.° che vi sia meno nell'uso che nell'usufrutto (*D.*§. 1, *Inst. h. t.*); 2.° che l'uso debbasi circoscrivere a' bisogni giornalieri (*L.* 2, *pr. D. h. t.*).

§. 428. Da questi assiomi ne segue: 1.° che colui che ha l'uso di un terreno, può, secondo la sua condizione, servirsi de' legumi, de' frutti, de' fiori, del fieno, dello strame, delle legna, ma non può prendere gli altri frutti (§. 1, *Inst. h. t. L.* 10, §. 4, *L.* 11, *seq. D. h. t.*); 2.° che l'usuario di una casa possa abitarla pe' suoi bisogni, ma non affittarla ad altri, e che vi può appena ricevere un ospite (§. 3, *Inst. h.t.L.* 2, §. 1, *L.* 3, *sequ. D. h. t.*); 3.° l'usuario dell'armento può prendere sul latte, la lana, il letame, il poco che gli basta, ma non gli agnelli (§. 37, *Inst. de rer. divis. L.* 12, §. 2 e 3, *D.* §. 4, *Inst. h.* t.); 4.° che l'usuario non possa locare ad altri il dritto, nè cederlo gratuitamente (§. 1, *Inst. h. t. L.* 12, §. 4, *L. penult. pr. D. h. t.*).

§. 429. La terza specie di servitù personale, cioè l'ABITAZIONE (§. 392), *è il dritto di abitare nella casa di un altro*

---

adquisit. per arrogat. Del rimanente stimasi che la città pure abbia sofferto il cangiamento di stato, se il suo suolo venga solcato dall'aratro, *L.* 21, *D. quib. mob. usufr. amitt.*

earum substantia. *INHABITARE autem est, iis aedium partibus uti frui, quae habitationi sunt destinatae.*

§. 430. *Proinde 1 qui ius habitandi habet, non, uti usuarius, aedibus pro necessitatis modo utitur, sed omnem fructum ex partibus habitationi destinatis percipit*, L. 13, C. de usufr.; *2 aedes potest alteri locare, puta ad inhabitandum*, §. 5, Inst. h. t. L. 13, C. de usufr.: 3 *itaque usumfructum percipit ex partibus aedium habitationi destinatis, non ex cellis, hortis, tabernis, etc*

§. 431. *Iisdem modis habitationis ius finitur, ac ususfructus et usus* (§. 422. seq.), *praeterquam quod capitis deminutione et non usu, non perimitur: cuius rei subtilem hanc rationem allegat MODESTINUS*, L. 10, D. de capit. deminut. quod *habitatio* in facto potius, quam in iure consistat.

§. 432. *Quarta species sunt OPERAE SERVORUM* (§. 392)., *quae sunt* ius omnem utilitatem ex operis servi alieni percipienti, L. 3, D. de oper. serv.

§. 433. *Quare 1. minus est in servitute operarum, quam in usufructu servi, quia usufructuarius omnem utilitatem capit ex servo, non solum quod servus operis suis, sed et quod e re eius adquirit: verum cui operae legatae, is tantum ex operis servorum lucratur*, §. 4, Inst. per quas pers. cuiq. adquir.; *2 plus est in operarum servitute, quam in usu, quia illa nec sola necessitate circumscribitur, et aliis locari potest* L. 2, D. de usu. legat.

§. 434. *Sed has quidem subtilitates hodie fere ignoramus, nec facile contingit, ut testator usumfructum, usum, habitationem, operas servorum, distinguat. Si quis autem distingueret, procul dubio sequenda essent iuris romani principia.*

TITULUS VI.

De usucapionibus et longi temporis praescriptionibus.

§. 435. *Actum supra de modis adquirendi IURIS GENTIUM* (§. 341. seq.): *iam imperator de CIVILIBUS dicere instituit, qui vel UNIVERSALES sunt*, quibus universum ius alterius in nos transfertur, *vel SINGULARES*, quibus rei singularis dominium adquirimus, §. ult. Inst. per quas pers. cuique adquir.

§. 436. *UNIVERSALES memorantur sex* (*a*), *1 HERE-*

(*a*) *Fuerunt tamen plures, veluti VII.* successio fisci in bona damnatorum, *et bona vocantia*, L. 1, D. de iur. fisci. *VIII.* ingressus in monasterium, Nov. 5, cap. 4, *IX.* uxoris conventio in manum, *CIC.* Topic. cap. 4.

senza alterarne la sostanza. ABITARE *è usare e godere delle parti dell' edificio destinate all' abitazione.*

§. 430. Quindi 1.° colui che ha il dritto di abitare non si serve della casa soltanto per la necessità, come l'usuario, ma percepisce tutt' i frutti delle parti addette all' abitazione (*L.* 13, *Cod. de usufr.*); 2.° che possa locare ad un altro la casa per farla abitare (§. 5, *Inst. h. t. L.* 13, *Cod. de usufr.*); quindi 3.° percepisce l' usufrutto delle parti addette all' abitazione, e non delle botteghe, de' giardini e delle taverne.

§. 431. Il dritto di abitazione finisce per gli stessi modi con cui termina l' usufrutto e l' uso (§. 422 *e seq.*), eccetto che non si perde col cangiamento di stato, o col non uso; del che MODESTINO (*L.* 10, *D. de cap. deminut.*) adduce la stiracchiata ragione che *l'abitazione consiste piuttosto nel fatto, anzichè nel dritto.*

§. 432. La quarta specie di servitù personale consiste NELLE OPERE DE' SERVI (§. 392), cioè il *dritto di ricavare tutto l' utile dalle opere de' servi altrui* (*L.* 3, *D. de oper. serv.*).

§. 433. Laonde 1.° che vi sia meno dritto nella servitù delle opere, che nell'usufrutto de'servi, perchè l' usufruttuario percepisce tutto l' utile del servo, non solo per ciò che acquista colle sue opere, ma altresì per tutto ciò che acquista per la cosa sua; mentre che colui al quale le opere sono lasciate in virtù del legato non percepisce del profitto che soltanto dalle opere de'servi § 4, *Inst. per quas pers. suique adquir.*); 2.° che vi sia più di dritto nella servitù delle opere che nell' uso, perchè la prima non è circoscritta alla sola necessità, e si può ad altri locare (*L.* 2, *D. de usufr. legat.*)

§. 434. Al presente ignoriamo tutte le prefate sottili distinzioni. Di rado il testatore distingue l' usufrutto, l' uso, l' abitazione e le opere de'servi. Se qualcheduno il facesse bisognerà senza dubbio seguire i principi del dritto romano.

TITOLO VI.

Delle usucapioni e delle prescrizioni di lungo tempo.

§. 435. Si è di sopra trattato de' modi di acquistare secondo il DRITTO DELLE GENTI (§ 341 *sequ.*); Giustiniano occupasi ora di quelli CIVILI, che sono o UNIVERSALI, *mercè de' quali trasferiscesi in noi ogni dritto di un altro*; o SINGOLARI, *coi quali acquistasi la proprietà di una cosa particolare* (§. *ult. Inst. per. quas person. cuique adquir.*).

§. 436. Degli UNIVERSALI se ne numerano sei (*a*) 1.°

(*a*) Ce ne furono anche molti altri, come 7. *la successione del fisco a' beni de' condannati e a quelli vacanti*, *L.* 1, *D. de jure fisci* 8. *l' ingresso nel monastero Nov.* 5, *cap.* 4, 9. *la mancipazione della sposa*, CICERONE *Topic. cap.* 4.

DITATIS ADQUISITIO, II BONORUM POSSESSIO, III ADQUISITIO PER ARROGATIONEM, IV ADDICTIO BONORUM LIBERTATUM SERVANDARUM CAUSSA, V ADQUISITIO PER SECTIONEM BONORUM, et VI EX SC. CLAUDIANO. De prima a Tit. X. huius libri *usque ad* Tit. XIX., *nec non initio* Libri III.; *de saecunda eiusdem* Libri III. Tit. X; *de tertia* Tit. XI.; *de quarta* Tit XII.; *de quinta et sexta* Titulo XIII. *agetur.*

§. 437. *Singulares quatuor habentur*: *I USUCAPIO*, *de qua* hoc Titulo 6; *II DONATIO*, *de qua* Titulo VII; *III LEGATUM*, *de quo* Tit. XX; *et IV FIDEICOMMISSUM SINGULARE*, *de quo* Tit. XXIV.

§. 438. *USUCAPIO est* adiectio, *vel uti apud ULPIAN*, Fragm. tit. 19, §. 8, *et ISID.* Orig. lib. 5, cap. 25, *est* adeptio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, L. 3, D. h. t.; *PRAESCRIPTIO contra longi temporis, illi adfinis, erat* exceptio, qua is, qui longo tempore rem possederat, sese adversus dominum tuebatur. *Ergo ab usucapione olim differebat prescriptio. Haec enim non dominium Quiritarium et civile adiiciebat, sed exceptionem et dominium bonitarium tribuebat: et proinde etiam in rebus incorporalibus et praediis provincialibus locum habebat, et imperatorum constitutionibus inducta videtur usucapionis supplendae caussa*, §. 2. Inst. h. t. *Illa requirebat in mobilibus annum, in immobilibus biennium; haec X annos inter praesentes, XX inter absentes. Sed Iustinianus, sublato illo discrimine, usucapionem et praescriptionem longi temporis veluti in unum conflavit*, L. unic. C. de usucap. transform., *simulque praescriptionem longissimi temporis quibusdam casibus retinuit.*

§. 439. *Quum ergo usucapio sit adiectio dominii* (§. 438), *eam 1 oportet fundamento aliquo niti, quod non aliud est, quam praesumptio, rem pro derelicta esse habitam, quam dominus tanto tempore non vindicarit*, *GROT.* de iure belli et pac. lib. 2, cap. 4, *adeoque illam cedere possessori* (§. 342 seq.).

§. 440. *Deinde ex eodem principio fluit, 2 usucapi posse res, quae possunt adquiri, non exemptas hominum commercio*, L. 9, D. h. t., *nec vitio possessas*, §. 2, 5, Inst. eod., *aliasque quasdam, quarum usucapio speciali lege inhibita, ut res dominicas, fisci, ecclesiarum, pupillorum et minorum, et quarumcumque alienatio vel lege, vel testamento prohibita*, tit. C. de rei. domin. L. 23, de Ss. Eccles. lib. 3, C. quib. non obst. long. temp. praescript. L. 12, et 24, D. h. t.; 3. *usucapionem locum tantum habere in rebus corporali-*

l'ACQUISTO DELL' EREDITA'; 2.° IL POSSESSO DE' BENI; 3.° l'ACQUISTO PER ARROGAZIONE; 4.° l'AGGIUDICAZIONE DE'BENI PER CONSERVARE LE FRANCHIZIE; 5.° l'ACQUISTO DE' BENI ALL'INCANTO, e 6.° LA SUCCESSIONE IN VIRTU'DEL SENATO-CONSULTO CLAUDIANO. Si tratterà del primo al titolo decimo di questo libro sino al titolo decimonono, e al principio del terzo libro; del secondo al titolo decimo del prefato libro terzo; del terzo al titolo undecimo; del quarto al titolo duodecimo; del quinto e sesto al titolo tredicesimo.

§. 437. De' singolari poi quattro: 1.° l'USUCAPIONE di cui si tratterà nel presente titolo; la DONAZIONE nel settimo; i LEGATI nel titolo ventesimo; e 4.° il FEDECOMESSO PARTICOLARE nel titolo ventiquattresimo.

§. 438. L' USUCAPIONE è l' *aggiunzione*, o, secondo ULPIANO (*Fragm. tit.* 19, §. 8) e ISIDORO (*Orig.* §. 25), *l' acquisto del dominio per la continuazione del possesso pel tempo devoluto dalla legge* (*L.*3. *D.h. t.*). La PRESCRIZIONE di *lungo tempo*, molto affine all' usucapione, *era al contrario una eccezione mercè la quale colui che avea posseduto una cosa per molti anni, ributtava il padrone che la rivendicava.* Quindi anticamente la prescrizione differiva dall' usucapione. Imperocchè la prima non dava il dominio quiritario o civile, ma una eccezione, e il dominio bonitario, e per conseguenza avea luogo sulle cose incorporee e i fondi provinciali, e sembra di essere stata introdotta dalle costituzioni degl' imperatori per supplire l'usucapione (§ 2. *Inst.h. t.*). Quest' ultima terminava coll' elasso di un anno pe' mobili, e di due per gl' immobili; la prescrizione con dieci tra' presenti e venti tra gli assenti. Ma Giustiniano, abolita siffatta differenza, riunì quasi in uno sol modo l' usucapione e la prescrizione di lungo tempo (*L. unic. Cod. de usucap. transform.*), e nello stesso tempo riserbò per alcuni casi la prescrizione di lunghissimo tempo.

§. 439. L' usucapione essendo l' acquisto del dominio (§. 438) fa uopo 1.° che poggi su qualche fondamento, che consiste nel presumere che la cosa sia stata abbandonata, allorchè per molto tempo non è stata dal padrone rivendicata (GROZIO *de jur. belli et pacis lib.* 2, *cap* 4) e per conseguenza sia acquistata dal possessore (§. 342 e sequ.).

§. 440. Dallo stesso principio risulta, 2 che si possano usucapare le cose che possonsi acquistare, e non quelle fuori commercio degli uomini (*L.* 9, *D. h. t.*), nè quelle il cui possesso è vizioso §. 2, e 5, *Inst. h. t.*), e alcune altre la cui usacapione è proibita da una legge speciale, come sono le cose appartenenti al principe, al fisco, alle Chiese, a' pupilli e a' minori, e tutte quelle la cui alienazione è proibita o dalla legge o da un testamento (*tit. Cod. ne rei domin. L.* 23, *Cod. de SS. eccl. L.* 3, *Cod. quib. non obst.long. temp. praesc. L.* 12 e 24, *D h. t.*); 3.° che l' usucapione non abbia luogo che soltanto sulle cose

bus, (§.335), (*a*) L. 14, pr. D. de servit. L. 43, §. 1, D. de adquir. rer. dom., *siquidem res incorporales nec in dominio esse, nec proprie possideri possunt*, L. 3, pr. D. de adquir. possess. *Attamen quia et hae quasi possidentur* (§. 388 2), *et in bonis sunt* (§. 388,2.°), *consequens est, ut* quasi usucapi, *vel* praescribi *queant*, L. ult. C. de long. temp. praescript.

§. 441. *Quumque usucapio sit modus adquirendi iuris civilis* (§. 437), *sequebatur*, 4 *ut procederet inter solos cives romanos.* Adversus hostem *enim*, *sive peregrinum*, *ex lege XII tabularum* aeterna auctoritas erat, *MACROB.* Saturnal lib. 1, *cap.* 16. *Sed hoc post communicatam cum omnibus ingenuis in orbe romano viventibus civitatem, fere extra usum fuit.* 5. *ut tribueret dominium iuris Quiritium*, *ULPIAN.* Fragm.; tit. 19, §. 7.; *adeoque* 6 *locum haberet tantum in rebus immobilibus Italici soli* (§. 330 *), *in rebus mobilibus omnibus*, L. unic. C. de usucap. transfer. *Verum et hoc mutatum, postquam differentia inter res mancipi et nec mancipi, dominiumque Quiritarium et bonitarium sublata est a Iustiniano* (§. 363), L. unic. C. de nud. iur. Quir. toll.

§. 442. *Ceterum usucapionis et praescriptionis longi temporis quae sint requisita, fere ex ipsa definitione adparet. Ea enim procedere non potest*, *I sine BONA FIDE*, quae est opinio possessoris, qua se dominum credit (§. 376), pr. Inst. h. t. L. 109, D. de verb. sign. *Et iure quidem nostro sufficit, bonam fidem ab initio adesse* (*b*), *et mala fides superveniens possessori fraudi non est*, L. 48, §. 1, D. de adquir. rer. domin. L. un. de usucap. transfer. *Sed iure canonico bona fides continua exigitur*, Cap. fin. D. de praescript. *Quo iure plerisque locis utuntur.*

§. 443. *Nec locum habet usucapio*, *II si desit IUSTUS*

(*a*) *Hinc lex Scribonia lata. Quum enim veteres iuris interpretes etiam servitutum usucapionem contra principia iuris civilis invexissent*, *CIC.* pro. Caecin. c. 26, *lex Scribonia eam servitutum usucapionem paullo post inhibuit*, L. 4, §. ult. D. de usucap. *Postea praetor eos, qui servitutes nec vi, nec clam, nec precario longo tempore possederant, adiuvit*. L. 10, D. si servit. vind. *Denique earum praescriptionem admisit IUSTINIANUS*, d. L. ult. C. de long. temp. praescript. *Ex quo simul adparet, nec bonam fidem, nec iustum titulum, nec scientiam domini, adversus quem praescribitur, hic requiri. ZACH HUBER.* Ob. serv. rer. iud. obs. 13. *Adde tamen PAGENSTECH.* Aphor. iur. pag. 119,

(*b*) *Aliud in perceptione fructuum, in qua non sufficit bona fides, nisi numquam interrupta* (§. 376), L. 23, §. 1) D. de adquir. rer. domin.

corporali (*a*) (§. 335.) (*L.* 14, *pr. D. de serv. L.* 43, §. 1, *D. de adquir. rer. domin.*); poichè le cose incorporee non possono essere nè nel dominio, nè si possono possedere (*L.* 3, *pr. D. de acquir. possess.*). Intanto siccome le stesse ammettono una quasi-possessione (§. 388, 2.°), e fanno parte del patrimonio (§. 388), ne segue che possano essere obietto di una quasi-usucapione o prescrizione (*L. ult. Cod. de long.temp. praescr.*).

§. 441. L'usucapione essendo un modo di acquistare di dritto civile (§. 437), ne segue 4.° che non avea luogo che tra' soli cittadini romani; imperocchè contro il *nemico* (che significa lo stesso che lo *straniero*) secondo la legge delle XII Tavole il dritto di *proprietà era eterno* (MACROB. *Saturn. lib.* 1, *cap.* 16.). Ma siffatta distinzione cadde quasi in disuso dopochè il dritto di cittadinanza venne accordato a tutti gl' ingenui viventi nell' impero romano; 5.° che l' usucapione dava il dominio quiritario (ULP.*Fragm.*, *tit.* 19, §. 7), e per conseguenza per gl'immobili avea luogo soltanto per quelli del suolo italico (§. 330,*), pe' mobili poi per tutto l'impero (*L. unic. Cod. de usucap. trasform.*). Ma ciò soffrì del cambiamento dopochè Giustiniano tolse la differenza tra le cose di mancipazione e quelle di non mancipazione, tra'l dominio quiritario e il bonitario (§.363) (*L.un.Cod.de nud.jur.Quirit.toll.*).

§. 442. Del rimanente conoscesi dalla stessa definizione dell' usucapione e della prescrizione di lungo tempo, quali condizioni esige. Avvegnachè non può procedere: 1.° senza BUONA FEDE, ch'è *l'opinione in cui è il possessore di essere egli il proprietario* (§. 376) (*Pr. Inst. h. t. L.* 109; *D. de verb. signif.*). Basta nel dritto romano che vi sia buona fede nel prender possesso (*b*), e sopravvenendo mala fede non nuoce al possessore (*L.* 48, §. 1, *D. de acquir. rer. domin. L. unic. Cod. de usucap. trasfer.* Ma pel dritto canonico esigesi una continuata buona fede (*Cap. fin. D. de praescript.*), dritto in vigore in molti luoghi.

§. 443. L' usucapione non ha luogo, 2.° senza un GIUSTO

(*a*) Ciò fece pubblicare la legge Scribonia. Imperocchè, siccome gli antichi interpetri del dritto aveano anche introdotto, contro i principi del dritto civile, l' usucapione delle servitù, CICER. *pro Caecina cap.* 26, così poco stante la legge Scribonia proibì questa usucapione di servitù, *L.* 4, §. *ult. D. de usucap.* Il pretore in seguito venne in soccorso di coloro che aveano goduto per lungo tempo la servitù senza violenza, nè di soppiatto, nè precariamente, *L.* 10, *D. si servit. vind.* Finalmente Giustiniano ammise la prescrizione delle servitù, *d. L. ult. C. de long. temp. praescrip.*; dal che conoscesi che qui non si richiegga nè buona fede, nè giusto titolo, nè la conoscenza del padrone contro del quale si prescrive. Veggasi ZACH HUBER. *Obs. rer. jud. Obs.* 13; aggiungesi PANGENST., *Aphor. jur.* p. 119.

(*b*) Ben altro sia nella percezione de' frutti, in cui la buona fede non basta, se sia interrotta (§. 376), *L.* 23, §. 1, *D. de adquir. rer. dom.*

TITULUS, seu caussa ad transferendum dominium habilis (*a*) (§. 339), §. 5, Inst. per quas pers. cuiqu. adquir. L. 24, C. de rei vind. *Unde non sufficit*: 1 *opinio erronea iustae caussae*, L. 27, D. h. t. §. 6, Inst. h. t., *nisi error sit iustus* L. 11 e 14, D. pro empt.; 2 *nec contractus simulatus et fictus*, L 1, C. plus. val. quod agit.; 3 *nec titulus revocabilis*, *veluti mortis caussa donatio*, L. 13, pr. D. de mort. causs. donat.

§. 444. *Neque porro usucapione adquiruntur III nisi RES usucapionis CAPACES* (§. 440). *Ex quo sequitur, ut res furtivae et vi possessae, propter vitium rei inhaerens et possessores comitans, et res alienari prohibitae non possint usucapi, nisi illis ad priorem dominum scientem reversis, vitium purgetur*, §. 3, Inst. h. t. L. 84, D. de furt. L. 4, §. 6 et 12, seq. D. h. t. L. 6, C. pro emt.

§. 445. *Accedat porro necesse est IV TEMPUS lege DEFINITUM*, *olim quidem annus in re mobili*, *biennium in immobili*, pr. Inst. h. t. *ULPIAN* Frag. tit. 19, §. 8; *iure novo triennium in mobili, decennium in immobili inter praesentes, vicennium inter absentes* (*b*), L. un. C. de usuc. transf. pr. Inst. h. t. *Plerisque tamen locis*, *ubi ius germanicum antiquum adhuc viget*, *res mobiles anno et die*; *immobiles*, *triginta annis*, *anno et die praescribuntur. Vid STRYCK*. us. hodiern. D. h. t. *GROENEWEG*. ad. pr. Iust. h. t. *Germanis enim antiquis triginta annos saeculum fuisse*, *observavit PLIN*. Hist. nat. lib. 26, cap. 44, (*Conf*. Elem. iur. Germ. Lib. II. tit. 4, §. 100).

§. 446. *Denique etiam riquiritur V CONTINUA POSSESSIO*, *et quidem non* naturalis *tantum*, *sed* civilis, *id est cum animo dominii*, *vel sibi habendi coniuncta* (§. 376) L. 23, D. de usucapion. *Successor continuat possessionem auctoris sui*; *et in universali quidem* (§. 436) *nihil interest*, *sive ipse in bona*, *sive in mala fide sit*, *dum defunctus eam bona fide incaeperit* (§. 442), §. 7, Inst. h. t.; *singularis autem*, *si et ipse et auctor* (*c*) *in bona fide fuerit* L. 13, §. ult. D. de adquir. possess.

(*a*) *Quum enim ne domini quidem traditione sine iusto titulo dominium transferatur* (§. 381 4): *multo minus dominium adquiret*, *qui a non domino*, *nulla praevia iusta caussa*, *rem traditam accepit*, L. 31, D. de adquir. rer. dom.

(*b*) *Ergo anni absentiae duplicantur*, *si quis aliquandiu praesente*, *aliquandiu absente domino*, *rem bona fide et ex iuxta caussa possedit*; *vel*, *quod perinde est*, *alii tot anni super decennium adiiciuntur*, *quot ex ipso decennio absens fuit*, Nov. 19, cap. 8.

(*c*) *Si in bona fide sit successor singularis*, *ei fraudi non est mala auctoris fides*, *dum ipse a sua persona usucapionem inchoet*, L. 5, D.

TITOLO, o una *causa valida a trasferire il dominio* (§. 339) (§. 5, *Inst. per quas pers. cuiq. adquir. L.* 24, *Cod. de rei vind.*) (*a*). Quindi non basta: 1.° la falsa idea di giusta causa, (*L.* 27, *D. h. t.* §. 6, *Inst. h. t.*), eccetto che l'errore non sia legittimo (*L.* 11 *e* 14, *D. pro empt.*); nè 2.° di avere un contratto simulato e finto (*L.* 1, *Cod. plus. val. quod. agit.*); 3.° nè un titolo revocabile, come una donazione a causa di morte (*L.* 13, *pr. D. de mort. caus. donat.*).

§. 444. Coll'usucapione non acquistansi 3.° se non quelle cose che ne sono *suscettive* (§. 440); dal che risulta che gli oggetti rubati o rapiti con violenza a causa del vizio inerente alla cosa che accompagna i possessori, e le cose vietate di alienarsi non possansi usucapare, se non purghino il vizio ritornando all'antico legittimo padrone (§. 3, *Inst. h. t. L.* 84, *D. de furt. L.* 4, §. 6, 12 *e sequ. D. h. t. L.* 6, *Cod. pro empt.*).

§. 445. Alle prefate condizioni bisogna aggiungere 4.° il *tempo devoluto dalla legge*, il quale anticamente era di un anno pe' mobili, di due per gl'immobili (*Pr. Inst. h. t.* ULP. *Fragm. tit.* 15, §. 8); pel dritto nuovo di tre anni pe' mobili, e per gl'immobili dieci tra presenti e venti tra assenti (*b*) (*L. unic. Cod. de usucap. transf. pr. Inst. h. t.*); in parecchi luoghi nondimeno ove vige l'antico dritto germanico, i mobili prescrivonsi con un anno ed un giorno, gl'immobili con trentun' anno e un giorno (Veggasi STRYK *us. hod. Digest. h. t.* GROENEWEG. *ad pr. Inst. h. t.*). Presso gli antichi tedeschi trent'anni costituivano un secolo secondo asserisce PLINIO (*Hist. nat. L.* 16, *cap.* 44. Veggasi gli *Elementi del dr. di nat. e delle genti L.* 2, *tit.* 4, §. 100).

§. 446. Finalmente richiedesi altresì 5.° la CONTINUAZIONE DEL POSSESSO, non soltanto di quello naturale, ma altresì civile, cioè coll'intenzione di esserne proprietario (§. 376) (*L.* 23, *D. de usucap.*). Il successore continua il possesso del suo autore. In quanto al successore a *titolo universale* (§. 436), poco importa che sia in buona o cattiva fede, purchè il defunto abbia incominciato il possesso in buona fede (§. 442) (§. 7, *Inst. h. t.*), ma il successore a titolo particolare non continua se non in quanto che lui ed il suo autore sieno stato di buona fede (*c*) (*L.* 13, §. *ult. D. de acquir. possess.*).

(*a*) Imperocchè siccome il dominio senza giusto titolo non viene neppure trasferito colla tradizione fatta dal padrone (§. 381, 4.), così a maggior ragione non acquistasi da colui che ha ricevuto la tradizione da chi non era proprietario, *L.* 31, *D. de acqu. rer. dom.*

(*b*) Gli anni di assenza adunque raddoppiansi allorchè qualchedano abbia posseduto in buona fede e per una giusta causa, essendo il padrone assente per un tempo, presente per un altro; o, ciò che vale lo stesso, aggiungesi a' dieci anni tanti anni per quanto durante il prefato decennio sia stato assente. *Nov.* 119, *cap.* 8.

(*c*) Se il successore a titolo particolare sia in buona fede, la cattiva del suo autore non gli pregiudica, purchè incominci l'usucapione dalla

§. 447. *Ex quo sequitur, ut si vel naturaliter, vel civiliter interrumpatur usucapio* (*quod USURPATIONEM vocant iura*, L. 2, D. h. t,), *solus lapsus temporis non prosit*, L. 2, C. de long. temp. praescript. *Fit autem* naturalis usurpatio, *si quis e possessione deiicitur*, L. 5, D. h. t. L. 15, D. de adquir. vel amitt. possess.; civilis *per actum iudicialem*, *hodie per citationem adversarii*, *vel per oblationem libelli* (*a*) L. penult. et ult. C. de ann. except.

§. 448. *Hactenus de* usucapione, *quamque cum illa pari passu ambulare voluit Iustinianus*, longi temporis praescriptione. *Ab hac differunt praescriptio* longissimi temporis, *et* immemorialis praescriptio (§. 438), *veluti in subsidium admissae*, *si quando non procedat usucapio vel praescriptio ordinaria.*

§. 449. *Praescriptio LONGISSIMI TEMPORIS vel XXX, vel LX, vel C. annorum est.*

§. 450. *TRIGINTA ANNIS*: 1 *praeter actiones personales*, L. 3, C. de praescr. 30, vel 40, annor. *praescribuntur*; 2 *quae antecessor, ob rei vitium* (§. 440), *malam fidem*, *vel defectum iusti tituli*, *praescribere non potuit*, *veluti* 3 *res vitiosae*, *bona fide possessae*, L. 8, §. 1, C. eod; 4 *res minorum*, Lib. 3, C. quib. long. temp. praescr. non obst.; 5 *res adventiae filiorumfamilias*, Nov. CXXII cap. 24; 6 *res a malae fidei possessore alienatae, modo ipse possessor in bona fide sit*, Nov. CXIX. c. 7, Auth. malae fidei C. de praescr. 10, vel 20, ann.

§. 451. *QUADRAGINTA ANNIS praescribuntur*: 1 *res fiscales*, L. 4, C. de praescr. 30, vel 40, annor., *et patrimoniales principis*, L. fin. C. de fund. patr.; 2 *res Ecclesiarum immobiles*, L. 24, C. de Ss. Eccles. Nov. CXI. c. 1, Nov. CXXXI c. 6; *et ex interpretatione doctorum*; 3 *res immobiles civitatum*, *quippe quas iure Ecclesiarum frui aiunt*; 4 *ius hypothecae*, *si ipse debitor rem oppignoratam possideat* (§. 1267), L. 7, §. 1, C. de praescr. 30, vel 40, annor. L. 1, §. 1, C. de ann. except.

---

de divers. et temp. praescr. L. 1, de praescr. long. temp. *Ast universali mala fides defuncti semper nocet adeo, ut ne a sua quidem persona inchoare possit praescriptionem*, L. 11, C. de adquir. possess. *Heres enim succedit in omnia iura defuncti* (§. 455), *adeoque etiam in eiusdem vitia*, L. 11, D. de divers. et tempor. praescript.

(*a*) *Quod si tamen sequuta sit sententia absolutoria, possessio etiam lite pendente continuatur, et ad usucapionem adimplendam prodest*, L. 2, D. pro don. L. 5, el 9, D. de peaescr. long. temp. *Singulare etiam privilegium est fisci et rerum dominicarum, quod qui a fisco emat, statim securus fiat, fiscus autem post quadriennium conveniri nequeat*, L. 2, et L. ult. C. de quadrienn. praescript. §. ult. Inst. h. t.

§. 447. Dal che segue, che l' usucapione interrompasi o naturalmente o civilmente (ciò che i giureconsulti dicono USURPAZIONE) (*L.* 2, *D. h. t.*), il solo elasso di tempo non giova (*L.* 2, *Cod. de long. temp. praescript.*). Evvi *interruzione naturale* se qualcheduno viene cacciato dal possesso (*L.* 5, *D. h. t. L.* 15, *D. de acquir. vel amitt. possess.*); *civile* poi allorchè con un atto giudiziario, al presente mediante citazione dell'avversario, o colla presentazione del libello (*a*) (*L. penult et ult. Cod. de ann. except.*).

§. 448. Finora dell' *usucapione* e della *prescrizione di lungo tempo* che Giustiniano volle che andassero insieme congiunte. Da queste differiscono la PRESCRIZIONE DI LONGHISSIMO TEMPO e QUELLA IMMEMORABILE (§. 438), ammesse sussidiariamente allorchè non ha luogo l' usucapione o la prescrizione non basta.

§. 449. La prescrizione di lunghissimo tempo è di trenta, o quaranta o cento anni.

§. 450. In trent'anni prescrivonsi: 1.° le azioni personali (*L.* 3, *Cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *ann.*); 2.° quelle cose che il predecessore non ha potuto prescrivere, o per vizio della cosa (§. 440), o per mala fede, o per mancanza di giusto titolo; come 3.° le cose viziose possedute di buona fede (*L.* 8, §. 1, *Cod. eod.*); 4.° le cose de' minori (*L.* 3, *Cod. quib. long. temp. praescript. non obst.*); 5.° i beni avventizi del figlio di famiglia (*Nov.* 122, cap. 24.; 6.° le cose alienate da un possessore di cattiva fede, purchè lo stesso possessore sia in buona fede (*Nov.* 119, *cap.* 7, *Anth. mal. fid. Cod. de praescr.* 10, *vel* 20 *ann.*).

§. 451. In QUARANTA ANNI prescrivonsi: 1.° le cose del fisco (*L.* 4, *Cod. praescript.* 30 *vel* 40 *ann.*), del patrimonio del principe (*L. fin. Cod. de fund. patr*); 2.° gl' immobili appartenenti alla Chiesa (*L.* 24, *Cod, de sacr. sanct. eccl. Nov.* 111, *cap.* 1, *Nov.* 131, *cap.* 6.); e dietro l' interpetrazione de' giureconsulti, 3.° gl' immobili delle città, perchè godono, secondo essi, de' privilegi delle Chiese; 4.° il dritto d'ipoteca, se il debitore istesso possegga la cosa pignorata (*L.* 7, § 1, *Cod. de praescr.* 30 *vel* 40 *ann. L.* 1, §. 1, *Cod. de ann. except.*).

---

sua persona, *L.* 5, *D. de divers. et temp. praesc. L.* 1, *C. de praesc. long. temp.*; ma in quanto a quello a titolo universale, gli è sempre di pregiudizio la cattiva fede del defunto, di guisa che non possa cominciare la prescrizione neppure dalla sua persona, *L.* 11, *C. de adquir. possess.*; poichè l' erede succede a tutt' i dritti del defunto (§. 435), e per conseguenza anche a' suoi vizi, *L.* 11. *D. de div. et temp. praesc.*

(*a*) Se intanto fosse una sentenza che rigetti la domanda, il possesso continua pendente la lite, e serve a compiere l'usucapione, *L.* 2 *e* 9, *Cod. de praescript. long. temp.* Il fisco gode un privilegio eguale a quello del principe, perchè chi compra dal fisco tosto diviene proprietario, e dopo quattro anni il fisco non si può riconvenire, *L.* 2 *e ult. C. de quadr. praescript.* § *ult. Inst. h. t.*

§. 452. *CENTUM ANNIS praescribuntur res Ecclesiae Romanae, quae sola hoc C. annorum spatio vel privilegio gaudet,* Auth. quas actiones C. de Ss. Eccles.

§. 453. *PRAESCRIPTIO IMMEMORIALIS dicitur, cuius in contrarium non extat memoria*, L. 2, §. 1 e 7, D. L. 23, §. 2, D. de aqu. et aq. pluv. arc. *Eaque adquiri dicuntur regalia, immunitates a tributis etc., quamvis id vix procedat contra principem*, L. 6, C. de praescr. 30, vel 40, annor., *et nunquam in domanialibus*, cap. 33, D. de iurciur. (*Conf.* Elem. iur. German. lib. 2, tit. 3, §. 99, seq.

TITULUS VII.

De donationibus.

§. 454. *Alter modus adquirendi dominii iuris civilis dicitur DONATIO* (§. 437). *Ast ea hodie non est modus adquirendi dominii, sed titulus* (§. 339); *nec tam iure civili auctoritatem obtinuit, quam iure gentium, nisi forte donationes mortis caussa et propter nuptias huc referre velis. Vid. ULR. HUBER.* Praelect. ad Inst. h. *t.* §. 1. *Sequendus tamen ordo Imperatoris, qui Caium sequutus videtur* (*a*).

§. 455. *DONATIO est* liberalitas in accipientem, nullo iure cogente, collata; *eaque fit vel MORTIS CAUSSA, vel INTER VIVOS seu NON MORTIS CAUSSA*, pr. Inst. h. t.

§. 456. *NON MORTIS CAUSSA, vel INTER VIVOS, donatio est*, quae sine respectu ad casum mortis celebratur. *MORTIS CAUSSA DONATIO*, quae propter mortis fit suspicionem, *sive quod immineat periculum, sive quod donator de mortalitate cogitet*, L. 2, seq. D. de donat. mort. causs. *Illa pactum est; haec inter pactum et ultimam voluntatem quodammodo fluctuat.*

§. 457. *Ob hoc axioma: I utraque donatio fieri potest a domino; et inter vivos quidem ab eo, cui libera est administratio rerum suarum* §. 40, Inst. de rer. divis. L. 21, C. mand.; *mortis caussa ab eo, qui potest testamentum facere*, L. 15, D.

(*a*) *CAII enim temporibus donatio omnino fuit modus adquirendi dominii, quia donatio tum sine traditione non intelligebatur, adeo ut ex lege Cincia etiam aës et libram intercedere oporteret. Quod sensim constitutionibus mutatum. Diximus* ad *VINN.* Comment. h. t., *et ante nos rem luculenter exposuit IO. PETR. a LUDEVVIG.* Dissert. de donatione, eiusque barbaro adnexu, acceptatione, quae non nisi intelligentibus harum rerum placere potest.

§. 452. In CENTO ANNI prescrivonsi le cose della Chiesa romana, la sola che gode di siffatto privilegio (*Auth. quas act Cod. de ss. Eccl.*)

§. 453. La PRESCRIZIONE IMMEMORABILE è quella di cui non evvi memoria in contrario (*L.* 2, §. 1 e 7, *D.L.* 23, §. 2, *D. de aqu. et aqu. pluv. arcend.*). Mediante siffatta prescrizione acquistansi i dritti di regalia , l' esenzione delle contribuzioni, ec. benchè di raro opponesi contro il principe (*L.* 6, *Cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *ann.*) e giammai contro le cose demaniali (*Cap.* 33 , *D. de jerejur.* Veggansi gli *Elementi del dritto germanico L.* 2 , *tit.* 3 , §. 99 , *sequ.*)

TITOLO VII.

Delle donazioni.

§. 454. L' altro modo di acquistare la proprietà per dritto civile dicesi DONAZIONE (§. 437); ma al presente non è un modo di acquistare il dominio , ma un titolo (§. 339). La donazione acquistò autorità meno pel dritto civile , che per quello delle genti, eccetto che non si vogliano qui riferire le donazioni per causa di morte e a favore delle nozze (Veggasi ULR.HUBER, *Praelect. ad Inst.* §. 1, *h. t.*). Fa uopo intanto seguire l'ordine di Giustiniano, che sembra di aver seguito le orme di Cajo (*a*).

§.455.La DONAZIONE *è una liberalità conferita, senza essere obbligato d' alcuna legge , ad una persona che l' accetta.* Si fa o *per cagion di morte, o tra vivi o senza causa di morte.(pr.Inst.h.t.)*.

§. 456. La donazione SENZA CAUSA DI MORTE O TRA VIVI *è quella che si fa senza riguardo di caso di morte.* La DONAZIONE A CAUSA DI MORTE *è quella che si fa nell'idea di dover morire, o che un pericolo imminente minaccia il donatore o che rifletta sulla caducità della vita.* (*L.* 2 *e seq. D. de donat. mort. causs.*). La donazione tra vivi è un patto ; quella per causa di morte occupa in certa guisa il mezzo tra 'l patto e l' ultima volontà.

§. 457. In vigore di questo assioma: 1.° l'una e l'altra donazione possono essere fatte dal padrone della cosa; cioè quella tra vivi allorchè ha la libera amministrazione de' suoi beni (§. 40, *Inst. de rer. divis. L.*21,*Cod. mand.*); quella a causa di morte allorchè può

(*a*) Imperocchè fin dal tempo di Caio la donazione era affatto un modo di acquistare la proprietà , perchè allora non vi era donazione senza tradizione ; di guisa che per la legge Cincia bisognava che si facesse col pezzo di moneta e la bilancia : il che venne a poco a poco cangiato dalla costituzione de'principi. Ne abbiamo parlato nel *Commentario sopra Vinnio* su questo titolo , e prima di noi la cosa era stata dottissimamente esposta da GIO. PIETRO LUDWIG , in una *Dissertazione sulla donazione e suo barbaro accessorio* , *l' accettazione* , ma non può interessare che coloro che sono versati nell' argomento.

de mort. causs. don.; *immo et a filiofamilias, si pater permiserit*, L. 25, §. 1, D. eod.

§. 458. *Ergo II donari potest inter vivos omnibus, qui donationem acceptant*, *CIC*. Topic. cap. 8, *modo non obstet unitas personae. Ex quo principio donatio non valet inter patrem et liberos*, L. 1; §. 1, D. pr. donat. (§. 139), *nec inter coniuges*. (a) (§. 146 *), tit. D. de donat. inter vir. et uxor. *Mortis vero caussa donari potest omnibus, quibus legari potest*, L. 35, pr. D. de mort. causs. donat. §. 24, Inst. de legat.

§. 459. *Porro ob idem axioma III. utroque modo donari possunt res omnes quae sunt in commercio, etiam incorporales*, L. 9, pr. L. 27 et 28, D. h. t., *etiam alienae, eatenus ut possint usucapi*, L. 9, §. ult. L. 18, §. ult. D. h. t. L. 2, et 3, D. pr. donat. §. 4, Inst. de legat. L. 13, pr. D. de mort. oauss, donat. *etiam omnia bona praesentia et futura*, L. 35, §. 4, C. h. t.

§. 460. *Sed hactenus tamen differunt inter vivos et mortis caussa donatio*: 1 *quod illa et remotis arbitris, haec non nisi coram quinque testibus fieri potest*, L. ult. §. fin. C. de codicill.; 2 *quod illa actis intervenientibus insinuanda, si 500 solidos excedat*, L. 36, §. ult. C. §. 2, Inst. h. t., *haec insinuatione non indiget*, L. ult. C. de mort. causs. don.; 3 *quod illa sua natura irrevocabilis, haec revocabilis est*, §. 1, Inst. h. t. L. 2 et 29, D. de mort. causs. donat.; 4 *quod illa traditione demum transfert dominium* (§. 339 **), §. 40, Inst. de rer. divis., *haec etiam sine traditione*, L. 2, D. de public. in rem act. (§. 339 **), *dummodo decesserit donator, neque eum donationis poenituerit*, §. 1, Inst. h. t. L. 16. et 30, D. de mort. causs. donat.; 5 *quod in illa beneficio competentiae*, L 12 e 33, D. h. t., *in hac quartae Falcidiae locus est*, L. 2, C. d. mort. causs. don.

§. 461. *Ergo res donata inter vivos, nondum tradita* (§. 460, 4), *si stipulatio intercesserit*, petitur actione ex stipulatu, pr. Inst. de verb. obl., *sin pactum* condictione ex lege 35, §.

(a) *Ratio ergo reddenda ex iure antiquo. Uxores olim in manum conveniebant, eodemque loco erant viris, quo heredes suae et filiaefamilias* (§. 156 *). *Ergo non magis inter se donare poterant coniuges, ac pater et filiusfamilias. Postea, quum conventio in manum fere obsolevisset, et donationes tamen inter coniuges prohibitae manerent, ob orationem ANTONINI CARACALLAE*, L. 3, pr. D. de donat. inter. vir. et uxor., *alias rationes excogitarunt ICti, veluti, ne mutuato amore se invicem spoliarent coniuges, ut potius esset studium educandi liberos, ne venalitia essent matrimonia etc.* L. 1, et 2. D. de donat. inter vir. et uxor.

fare un testamento (*L.* 15,*D. de mort.causs.donat.*), ancorchè sia figlio di famiglia, purchè il padre il permetta (*L.*25, §. 1,*D.eod.*).

§. 458. Si può dunque 2.° donare tra vivi a tutti coloro che accettano la donazione (CIC. *Topic. cap.* 8), purchè non osti l'unità della persona. Secondo siffatto principio non vale la donazione tra padre e figlio (§. 139) (*L.* 1, §. 1, *D. pro don.*), nè tra gli sposi (§.146,*) (*Tit. D.de donat. inter vir et uxor.*)(*a*). Si può fare una donazione a causa di morte a tutti coloro che se li può fare un legato (*L.*35 , *pr. D. de mort. caus. donat.* §. 24 , *Inst. de legat.*).

§. 459. Per lo stesso assioma 3.° si possono nell' uno e nell' altro modo donare tutte le cose commerciabili , quelle incorporee altresì (*L.* 9 , *pr. L.* 27 e 28 , *D. h. t.*), e le altrui, in quanto che possonsi acquistare coll' usucapione (*L.* 9 , §. *ult. L.* 18 , §. *ult. D. h. t. L.* 2. e 3, *D. pro donat.* §. 4 , *Inst. de legat. L.* 13, *pr. D. de mort. caus. donat.*), come pure tutt' i beni presenti e futuri (*L.* 35 , §. 4 , *Cod. h. t.*).

§. 460. Nondimeno la donazione tra vivi differisce da quella a causa di morte in ciò: 1.° che la prima può farsi senza testimoni, la seconda n'esige cinque (*L. ult.* §. *fin. Cod. de codic.*); 2.° che la prima deesi celebrare con un atto pubblico, se eccede i cinquecento sesterzi (*L.* 36, §. *ult. Cod. h. t.* §. 2, *Inst. h.t.*), la seconda non ha bisogno di tal cosa (*L. ult. Cod. dè mort. caus. donat.*); 3.° che la prima è di sua natura irrevocabile , la seconda revocabile (§. 1 , *Inst. h. t. L.* 2 e 29 , *D. de mort. caus. donat.*); 4.° che la prima trasferisce il dominio mediante la tradizione (§. 339,*) (§. 40 , *Inst. de rer. divis.*) e la seconda anche senza la stessa (*L.* 2, *D. de publ. in rem. act.*)(§. 339,**), purchè il donatore sia morto e non siasi pentito della donazione (§. 1 , *Inst. h. t. L.* 16 e 30 *D. de mort. caus. donat.*); 5.° che nella prima ha luogo il beneficio di competenza (*L.* 12 e 33 , *D. h. t.*) , nella seconda la quarta Falcidia (*L.* 2 , *Cod. de mort. caus. donat.*).

§. 461. La cosa dunque donata tra vivi e non consegnata (§. 400, 4.°) *domandasi*, allorchè vi è stato stipulazione, *coll' azione di stipulazione* (*Pr. Inst. de verb. oblig.*); se poi vi fu un patto con quella detta *condizione della legge* (*L.* 35 , §. 4 e 5 ,

---

(*a*) Bisogna darne ragione secondo l'antico dritto. Le mogli anticamente passavano sotto la potestà maritale, ed erano rispetto al marito quali eredi necessari e figli di famiglia (§. 156,*). Quindi il marito e la moglie al pari di padre e figlio non potevano farsi tra loro donazione. Ma cessata in seguito la potestà maritale, le donazioni restarono tuttavia vietate tra marito e moglie dalla costituzione di Antonino Caracalla, *L.* 3, *pr. D. de donat. inter vir. et uxor.*, e i giureconsulti imaginarono altre ragioni, come acciò gli sposi non si spogliassero vicendevolmente con una simulata tenerezza, affinchè avessero piuttosto cura dell' educazione de' figli, e per non rendere venale il matrimonio , ec. *L.* 1 e 2 , *D. de don. inter. vir. et uxor.*

4, 1, C. h. t. *Donatarius, cui mortis caussa donatum, easdem habet actiones, quas legatarius* (§. 458 et 639), *nempe rei vindicationem, actionem hypothecariam, et personalem ex testamento*, L. 1, Cod. comm. leg. §. 2, Inst. de legat.

§. 462. *Quamvis vero donatio inter vivos sua natura sit irrevocabilis* (§. 460, 3), *rescinditur tamen*: 1 *quatenus est inofficiosa*, L. 5 et 7, C. de inoff. donat.; 2 *quatenus modum vel summam excedens* 500. *solidorum, non insinuata*, L. 21, fin. D. de donat. L. 34 e 36, §. ult. C. de donat.; 3 *ob insignem ingratitudinem*, §. 2, Inst. h. t. L. 10, C. de revoc. donat.; 4 *ob supervenientiam liberorum ex lege codicis*, L. 8, C. de revoc. donat.; *quae lex tamen soli patrono ius donationem revocandi concedit* (a). *Quemadmodum ex caussa tertia tanquam delictum vindicante, tantum donatori, non heredibus, actio nascitur*, L. 10, C. eod.

§. 463. *Donationis inter vivos species etiam est* donatio propter nuptias, *seu* ἀντιφερνή, *quam ob perpetuum divortii metum maritus uxori, vel sponsus sponsae faciebat in securitatem dotis*, §. 3, Inst. h. t. *Quae donatio*: 1 *doti, quoad quantitatem et pacta, fere similis*, L. ult. C. de donat. ante nupt. Nov. XXVII.; 2 *uxori, constante matrimonio, nec dominium tribuit, nec ius capiendi fructus, sed tantum*, 3 *pignus tacitum in bonis mariti*, L. 29, C. de iure dot. Nov. LXI. cap. 1, (*Conf.* Elem. iur. Germ. lib. 2, tit. 13, §. 454, seq.)

TITULUS VIII.

Quibus alienare licet vel non.

§. 464. *Dominii effectus est ius de re sua disponendi; adeoque et eamdem alienandi* (§. 335), §. 40, Inst. de rer. divis. *Contra non dominus, quod non habet dominium in alterum transferre, adeoque et alienare nequit* (§. 383), L. 54, D. de reg. iur. §. 40, Inst. de rer. divis. *Quia tamen in definitione dominii* (§. 335), *expressimus limitationem* nisi vel lex, vel conventio, vel testatoris voluntas obsistat, *et praeter dominium aliae quoque sunt iuris in re species* (§. 334); *hinc aliquando evenit*: *I ut dominus alienare nequeat*; *II ut non dominus recte alienet. Quae* παράδοξα θήματα incredibilia argumenta, *uti TEOPHILUS vocat, tractantur hoc titulo.*

§. 465. *I* Nonnumquam dominus rem suam iure non alienat

(a) *Quamvis eam doctores et ad alios donatores porrigant*, L. 30, C. de fideicomm. *Vide ANDR. TIRAQUELL. ad* L. si unquam, C. de revoc. donat. *Lugd.* 1574. fol.

Cod. h. t.). Il donatario cui siasi fatta una donazione a causa di morte, ha le stesse azioni di un legatario (§. 458 e 639), cioè la revindicazione, l'azione ipotecaria, e l'azione personale mercè di un testamento (*L.* 1, *Cod. comm. legat.* §. 2, *Inst. de legat.*).

§. 462. Benchè la donazione tra vivi sia di sua natura irrevocabile (§. 460,3.°), nondimeno rivocasi: 1.° allorchè è inofficiosa *L.* 5 e 7, *Cod. de inoff. don.*); 2.° se eccede i cinquecento soldi, e che non è inserita negli atti pubblici (*L.* 21, *in fin C. de donat. L.* 34, *pr. L.* 36, §. *ult. Cod. de donat.*); 3.° per una grande ingratitudine (§. 2, *Inst. h. t. L.* 10, *Cod. de revoc. donat.*); 4.° per la sopravvegnenza de'figli per la legge 8. del Codice *de revoc. donat.*), la quale accorda al solo patrono la facoltà di rivocare la donazione (*a*). Del pari che nel terzo caso in cui perseguitasi un delitto l'azione si accorda al donatore soltanto e non a' suoi eredi (*L.* 10, *Cod. eod.*).

§. 463. È altresì una specie di donazione tra vivi, *la donazione a causa di matrimonio* o *antiferna*, che nel timore continuo di divorzio, il marito faceva alla moglie, o il fidanzato alla fidanzata per sicurezza della dote (§. 3, *Inst. h. t.*). Siffatta donazione: 1. per la sua quantità e per le sue condizioni era quasi consimile alla dote (*L. ult. Cod. de donat. ante nupt. Nov.* 97); 2.° che la stessa durante il matrimonio non dava alla moglie nè la proprietà della cosa, nè la facoltà di percepirne i frutti, nè soltanto 3.° un pegno tacito su' beni del marito (*L.* 29, *Cod. de jure dot. Nov.* 61, *cap.* 1.).

TITOLO VIII.

Di coloro a' quali è permesso o no di alienare.

§. 464. L'effetto della proprietà è il dritto di disporre della sua cosa, e per consegnenza di alienarla (§. 335) (§. 40, *Inst. de rer. divis.*). Per lo contrario colui che non è padrone non può ad un altro trasferire la proprietà che non ha, e per conseguenza non può alienare (§. 383) (*L.*54, *D. de reg. jur.* §. 40, *Inst. de rer. divis.*). Ma siccome nel dare la definizione del dominio (§. 335) abbiamo posta questa limitazione: *purchè la legge*, o *la convenzione*, o *la volontà del testatore non vi si opponga*, e che oltre il dominio vi sono altre specie di dritto reale (§. 334), quindi talora avviene: 1.° che il padrone non possa alienare; e 2.° che colui che non è padrone abbia il dritto di alienare. Queste proposizioni dette da TEOFILO *paradossali* (*paradoxa themata*), vengono trattate in questo titolo.

§. 465. 1.° *Talora il padrone non ha il dritto di alienare*

(*a*) Sebbene i giureconsulti l'estendono a tutt'i donatori a causa della *L.* 30 *C. de fideicomm.* Veggasi ANDREA TIRAQUEAU sulla *L. si unquam C. de rer. don.* Lyon, 1574 in folio.

(§. 364). *Nam*: 1 *maritus est dominus dotis* (§. 336 *), pr. Inst. h. t. L. 9, C. de vind. *Est enim DOS* pecunia (§. 311) data marito ad sustinenda matrimonii onera, L. 56, §. 1, D. L. 20, C. de iur. dot. *Nec tamen per legem Iuliam de adulteriis, alienare ei licebat fundum dotalem italicum invita uxore, nec eundem, consentiente ea, obligare, PAULL.* Sent. recep. L. 2; tit. 24, §. 2. *Quin IUSTINIANUS, ne consentiente quidem uxore alienationem vel oppignorationem fundi cuiuscumque permisit*, L. un. §. 15, C. de rei uxor. act. pr. Inst. h. t., *nisi alienatio vel sit necessaria*, L. 1, D. de fund. dot. L. ult. C. eod, *vel in utilitatem uxoris facta*, L. 26, L. ult. D. de iur. dot. *Quae tamen prohibitio non pertinet ad res mobiles*, L. 1, C. de serv. pignor. dat. man. *nec ad immobiles venditionis caussa aestimato datas, quarum dominium omnimodo nanciscitur maritus*, L. 10, §. 4, seq. D. L. 5, et 10, C. de iur. dot.

§. 466. *Denique 2 pupillus est dominus rerum suarum, et tamen eas non alienat, nec mutuum recte dat, adeo, ut si dederit, nummi exstantes vindicentur, bona fide consumti condicantur, de mala fide consumtis ad exhibendum agatur*, §. ult. Inst. h. t. *Immo pupillo, licet domino, non recte solvitur, nisi auctoritate tutoris, et interposito decreto*, D. §. ult. *Inst.* h. t. *exceptis usuris intra biennium debitis, et non excedentibus centum solidorum quantitatem*, L. 25 et 27, C. de administr. tutor. *Multo minus ergo pupillus recte solvit; et hinc, quod solutum, si extat, vindicatur; sin consumtum, contingit liberatio* L. 14. §. ult. de solut.

§. 467. *II* Aliquando, qui dominus non est, recte tamen alienat. *Sic enim: 1 creditor recte alienat pignus, nulla praemissa denunciatione, si ita convenerit, ut liceret pignus distrahere* (a), L. 4, D. de pign. act. *Nam 2 si convenerit, ne vendatur, non nisi trina praemissa denunciatione recte distrahit creditor*, L. 4, D. de pign. act. L. 4, C. de distr. pign. *Denique 3 si nihil conventum, post denunciationem, et biennium elapsum permittitur distractio, modo ea fiat bona fide et solemniter*, L. ult. §. 1 C. de iur. dom. imp. 4. *Si res emtorem non invenerit praetio tolerabili, repetitur denunciatio, vel*

(a) *Cave vero hac* pactum de distrahendo pignore *confundas cum* pacto commissorio, *quo convenit, ut, debito iusto tempore non soluto, pignus pleno iure creditori cedat. Illud enim pactum licitum* L. 7, §. ult. D. de distr. pign. *hoc illicitum est* L. ult. C. de pact. pign.

la sua cosa (§.364); avvegnachè: 1.° il marito è il padrone della dote (§. 336.*) (*Pr. Inst. h. t. L.* 9, *Cod. de rei vind.*), poichè la DOTE è *un peculio* (§. 311.) *dato al marito per sostenere i pesi del matrimonio* (*L.* 56, §. 1, *D. L.* 20, *Cod. de jur. dot.*). Nè intanto, per la legge Giulia *sugli adulteri*, era permesso al marito di alienare il fondo dotale sito in Italia, senza il consenso della moglie, nè ipotecarlo, quando anche la stessa vi avesse acconsentito (PAULL. *Sent. recept. lib.* 2, *tit.* 24). Anzi GIUSTINIANO vietò d'ipotecare o alienare un fondo dotale qualunque ancorchè vi fosse il consenso della moglie, (*L. unic.* §. 15, *C. de rei uxor. act. Pr. Inst. h. t.*), eccetto se l'alienazione fosse necessaria (*L.* 1, *D. de fund. dot. L. ult. Cod. eod.*), o tornasse a prò della stessa (*L.* 26, *L. ult. D. de jur. dot.*); divieto per altro che non estendesi a' mobili (*L.* 1, *Cod. de serv. pign. dat. manum*), nè agl' immobili valutati per causa di vendita, de' quali il dominio passa interamente al marito (*L.* 10, §. 4, *D. L.* 5 e 10, *Cod. de jur. dot.*)

§. 466. Finalmente 2.° il pupillo è proprietario delle sue sostanze e intanto non può alienarle, nè darle legittimamente a mutuo; di guisa che se abbia dato del danaro si può revindicarlo qualora esista; se poi fosse stato consumato in buona fede si può revindicare coll' azione personale, e se di mala fede coll' azione ad *exhibendum* (§. *ult. Inst. h. t.*). Che anzi non si paga validamente al pupillo, benchè sia il proprietario, senza l'autorizzazione del tutore, e in virtù di una sentenza (*Dict.* §. *ult. Inst. h. t.*), eccettuati gl' interessi dovuti da due anni, e non eccedenti la somma di duecento soldi (*L.* 25 e 27, *Cod. de administrat. tut.*). Molto meno il pupillo ha dritto di fare pagamenti; e per conseguenza se il danaro pagato tuttora esista, può revindicarlo; se poi si sia consumato il debitore è libero, (*L.* 14, §. *ult. D. de solut.*).

§. 467. *Talora benchè non si sia padrone, pure valevolmente si aliena.* Sicchè: 1.° il creditore legalmente aliena il pegno senza far precedere citazione alcuna, qualora siasi convenuto di poterlo alienare (*a*) (*L.* 4, *D. de pign. act.*); poichè 2.° se si fosse convenuto di non venderlo, non si potrà alienare che previe tre citazioni (*L.* 4, *D. de pign. act. L.* 4, *Cod. de distr. pign.*); finalmente 3.° se non si è di nulla convenuto, previa citazione e l'elasso di due anni, l'alienazione è permessa, purchè si faccia in buona fede, e colle solennità rischieste (*L. ult.* §. 1, *Cod. de jur. dom. imp.*); 4.° se non comparisce compratore alcuno ad un prezzo ragionevole si replica la

(*a*) Non bisogna confondere *questo patto sulla vendita del pegno con quello commissorio* col quale conviensi che se non si paghi il debito nel tempo convenuto, il pegno resta di pieno dritto al creditore, poichè il primo patto è lecito, *L.* 7, §. *ult. D. de distr. pign.*; e l'ultimo è illecito, *L. ult. Cod. de pact. pign.*

iudex debitori absenti praefigit diem, intra quem solvat; quod ni faciat, creditor a principe impetrat dominium, relicta debitori facultate pignus luendi intra biennium, L. ult. §. 2 e 3 C. eod.

§. 468. *Deinde 2 tutor non est dominus rerum pupilli, et tamen ei licet alienare res pupillares, urgente necessitate, vel iussu parentum, vel alia iusta caussa suadente, et praetiosas quidem, maxime immobiles, cum decreto magistratus; reliquas, et sine eo*, L. 1 §. 2 D. de reb. eor. qui sub. tut. vel cur. L. 22 C. de adem. tut. et cur.

TITULUS IX.

Per quas personas cuique adquiritur.

§. 469. *Adquiritur nobis non solum per nos ipsos, sed et per res nostras* (§. 155 seq.).

§. 470. *Quum ergo et filiifamilias* (135 sequ.) *et servi Romanorum* (§. 77), *tanquam res mancipi, essent in dominio Quiritario parentum et dominorum, consequens erat: 1 ut quidquid adquirerent servi, eius proprietatem adquirerent dominis, etiam ignorantibus et invitis* (*a*), §. 3, Inst.h.t. ; *possessionem extra peculium, scientibus et volentibus*, L. 34 §. ult. L. 44 §. 1. D. de adquir. posses.; *hereditatem tantum iubentibus*, §. 3 Inst. h. t. *et quidem, si domini essent plures, singulis pro rata dominii, nisi uni speciatim stipulatus esset servus.* (*b*).

§. 471. *Quamvis vero servi fructuarii non sint nostri*, (§. 416), *nec ingenui bona fide possessi servi sint* (§. 91, 4 e 5); *tamen 2 et hi nobis adquirunt operis suis et e re nostra. Reliqua enim proprietario vel sibi adquiruntur, nisi quaedam contemplatione fructuarii, aut bonae fidei possessoris relicta censeantur*, §. 4. Inst. h. t. L. 21, 22 e 23 D. de usufr.

§. 472 *Ex statu porro liberorum* (§. 135) *fluit, 3 quid-*

(*a*) *Quamvis enim et servis concederetur peculium, id tamen profectitium erat indistincte, quia dominus omnia eripere potuisset. Itaque hoc peculium semper erat in dominio heri, qui vel liberiorem vel adstrictiorem eius administrationem servo permittebat pro lubitu*, L. 7, §. 1, D. de pecul. L. 20, D. de iureiur. *TERENT.* Phorm. act. 1, sc. 1, vers. 7, seq.

(*b*) *Quid hodie obtineat in hominibus propriis, supra occupavimus* (§. 85.)

citazione, o il giudice determina al debitore assente un tempo per pagare: e che se non l'esegue dopo l'elasso di tal tempo il creditore impetra dal principe la proprietà della cosa, lasciando al debitore la facoltà di ricuperare il pegno fra lo spazio di due anni (*L. ult.* §. 2 e 3, *Cod. eod.*).

§. 468. Finalmente il tutore non è proprietario de' beni del pupillo, e intanto gli è permesso di alienarli in una necessità urgente, o previo parere de' parenti, o per altra giusta causa; e trattandosi di oggetti preziosi, sopratutto immobili, può alienarli previo decreto del magistrato; in quanto gli altri oggetti poi può farlo senza il prefato decreto (*L.* 1, §. 2, *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. L.* 22, *Cod. de adm. tut. et curat.*).

TITOLO IX.

Per mezzo di quali persone ciascuno acquista.

§. 469. Acquistiamo non solo per mezzo di noi stessi, ma eziandio mediante le cose nostre (§. 354).

§. 470. E poichè il figlio di famiglia (§. 135 e segu.) e i servi de' Romani (§. 77), come cose di mancipazione, erano nel dominio quiritario de' genitori e de' padroni, ne seguiva: 1.° che tutto ciò che i servi acquistavano, era di proprietà de' padroni anche a loro in saputa e loro malgrado (*a*) (§. 3, *Inst. h. t.*); e il *possesso* eccetto il peculio acquistavasi pel padrone, sapendolo e volendolo (*L.* 34, §. *ult. L.* 44, §. 1, *D. de aquir. poss.*); la sola *eredità* acquistavasi da' medesimi qualora il permettessero (§. 3, *Inst. h. t.*); e se fossero molti i padroni in comune, la proprietà si acquistava da tutti *pro rata* del dominio, eccetto che il servo non avesse particolarmente per un solo di essi stipulato (*b*).

§. 471. Benchè i servi de' quali abbiamo l'usufrutto non sieno nostri (§. 416), e che gl'ingenui da noi di buona fede posseduti non sieno servi (§. 91, 4.° e 5.°); intanto acquistano per noi colle loro fatiche sulle nostre cose; il rimanente l'acquistano pel proprietario o per sè stessi, purchè alcune cose non si presumano lasciate in contemplazione dell' usufruttuario, o del possessore di buona fede (§. 4, *Inst. h. t. L.* 21, 22, e 23, *D. de usufr.*)

§. 472. Dallo stato de' figli di famiglia (§. 135), ne segue

(*a*) Imperocchè, sebbene a' servi si concedesse ancora un peculio, questo però era indistintamente profettizio, perchè il padrone poteva tutto togliere. Ecco perchè il peculio era sempre nel dominio del padrone, che accordava al servo l'amministrazione ora più libera, ora più ristretta secondo gli sembrava e piaceva, *L.* 7, §. 1, *D. de pac. L.* 29, *D. de jure jur.* TERENZIO, *Formione att.* 1, *scen.* 1, *v.* 7, *e segu.*

(*b*) L'odierno dritto che (in Germania) si ha sugli uomini è stato di sopra esposto (§. 85.).

quid a filio filiave familias adquiritur, id omne adquiri patri. Et eo iure indistincte utebantur veteres, SEXT. EMPIR. Pirron. hypoth. 3, 34, *SENECA* de Benef. 7 e 4 *DIONIS. HALIC.* Ant. Roman. lib. 8.

§. 473. *Quemadmodum vero reliqua parentum iura sensim imminuta esse novimus* (§. 140), *ita idem circa ius adquirendi per liberos contigit, introductis postea peculiis. PECULIUM vero est* pusilla pecunia, quam filiusfamilias vel servus a rationibus paternis vel dominicis separatam habet, L. 5. §. 3 et 4 D. de pecul.; *idque in MILITARE et PAGANUM; illudque iterum in CASTRENSE et QUASI-CASTRENSE; hoc in PROFECTITIUM et ADVENTITIUM dividitur.*

§. 474. *Peculium CASTRENSE (cuius origo eadem videtur, ac testamenti militaris)*, L. 1 pr. D. de test. milit. complectitur omnia, quae filiusfamilias occasione militiae sagatae adquisivit, L. 11 D. de castr. pecul.; *eoque pertinet, quod pater filio in militiam eunti donat; hereditas a commilitone relicta, etiam a fratre in iisdem castris militante; quidquid porro captum ab hostibus, vel ex pecunia castrensi emptum,* (a) L. 4 pr. D. L. 4 C. eod.

§. 475. *QUASI-CASTRENSE, prioris ad exemplum inventum* (b), quod filiusfamilias occasione militiae togatae adquirit, L. 14 C. de advoc. divers. iudic. 6 D. de re iudic. L. fin C. de inoff. test. *Quo referuntur sumtus, a patre in studia filii facti, adquisita ex advocatione, vel aliarum artium liberalium exercitio*, d. L. ult. C. de inoff. test.; *itemque donata a Principe vel Augusta* L. 7. D. de bon. quae L.

§. 476 *Peculium PROFECTITIUM est*, quod e re patris proficiscitur, vel occasione et contemplatione patris filio obvenit, §. 1. Inst. h. t.

§. 477. *ADVENTITIUM denique est*, quod ex alia caussa, veluti liberalitate matris, aliorumve, vel proprio labore, vel prospera fortuna filio adquiritur, §. 1 Inst. h. t.

§. 478. *Peculium* castrense et quasi-castrense *pleno iure est filii*, pr. Inst. quib. non est permis. facere test. L. SC. de

---

(a) *Peculium enim est universitas*, L. 20, §. 10, de hered. petit. *In universitate vero res succedit in locum pretii.*

(b) *Et quidem haud paullo ante IUSTINIANUM, uti ex* L. 52, §. 8, D. pro soc. *colligit ANT. SCHULTING.* Iurisp. antei. pag. 470. *Unde merito refellit FRANC. BALDUINUM, qui in IUSTINIANO,* Lib. III., *ubicumque mentio fit huius peculii, TRIBONIANI manum sibi deprehendere visus est.*

3.° che tutto ciò che acquistavasi da un figlio o da una di figlia famiglia, lo era pel padre. Questo era senza distinzione l'antico dritto (SESTO EMPIRICO, *Pyrrhon hypot.* 3, 34, SENEC, *de benef.* 7, 4. DION. DI ALICARN. *Antich. rom. lib.* 8.).

§. 473. Per quello stesso modo con cui gli altri dritti paterni a poco a poco decaddero (§. 140), così pure il dritto di acquistare per mezzo de' figli di famiglia venne diminuito coll'introduzione de' diversi peculi. Il **PECULIO** *è una modica quantità di beni che il figlio di famiglia, o il servo possiede, separata da' quelli del padre o del padrone* (*L.* 5, § 3 e 4, *D. de pec.*), Il peculio è MILITARE o CIVILE; il primo dividesi in CASTRENSE e QUASI-CASTRENSE ; il secondo in PROFETTIZIO ed AVVENTIZIO.

§. 474. Il peculio CASTRENSE (la cui ragione sembra essere la stessa di quella del testamento militare) (*L.* 1, *pr. D. de test. milit.*) comprende *tutto ciò che il figlio di famiglia acquista in occasione delle sue fatiche belliche* (*L.* 11, *D. de castr. pecul.* A siffatto peculio riferiscesi tutto ciò che il padre dà al figlio andando alla guerra ; l'eredità lasciatagli dal commilitone, come altresì dal fratello che serve sotto la stessa bandiera ; tutto ciò che si preude sul nemico , o che si è comprato col danaro castrense (a) (*L.* 4, *pr. D. L.* 4, *Cod. eod.*).

§. 475. Il peculio quasi-castranse, immaginato ad esempio del primo (b), *è quello che il figlio di famiglia acquista coll'esercizio della prefessione legale* (*L.* 14, *Cod. de advoc. divers. judicior. L.* 6, *D. de re jud. Leg. fin. Cod. de inoff. test.*). A questo peculio riferisconsi le spese fatte dal padre per gli studi del figlio, gli acquisti del figlio colla professione legale, o coll'esercizio delle altre arti liberali (*D. L. ult. Cod. de inoff. test.*) ; e similmente le cose ricevute in dono dal sovrano e dalla sovrana (*L.* 7, *Cod. de bon. quae lib.*).

§. 476. Il *peculio* PROFETTIZIO *è quello che deriva dalle sostanze paterne, o che il figlio acquista all'occasione e in contemplazione del padre* (§. 1, *Inst. h. t.*).)

§. 477. Finalmente *il peculio* AVVENTIZIO *è quello che il figlio di famiglia acquista per qual si voglia causa, a cagion di esempio, dalla generosità della madre, o di altri, o colla propria industria, o mercè i favori della fortuna* (*D.* §. 1, Instit. h. t.).

§. 478. I peculi *castrensi* e *quasi-castrensi* appartengono di piena proprietà al figlio (*pr. Instit. quib. non est. perm. fac.*

(a) Imperocchè il peculio è universalità ; *L.* 20, §. 10, *D. de her. pet.* ; e nell'universalità la cosa prende il luogo del prezzo.

(b) E ciò poco prima de' tempi di Giustiniano, come dietro la *L.* 52, §. 8, *D. pro socio* l'ha dimostrato ANT. SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 470. Laonde meritamente confuta FRANCESCO BAUDOVIN che nel *Giustiniano* lib. 3, crede trovare, ovunque si fa menzione del prefato peculio, la penna di Triboniano.

bon. quae L.; *adeoque*: 1 *in eo pro patrefamilias habetur*, L. 2, D. de SC. Maced.; *et* 2 *de eo inter vivos et mortis caussa libere disponit*, L. 3, C. de castr. pecul. *immo id et ad heredes ab intestato transmittit* (*a*), pr. Inst. quib. non est permiss.

§. 479. Profectitium *pleno iure patris est*, (*b*) §. 1, Inst. h. t.; *adeoque sola filio relinquitur administratio*; *qui tamen eo fruitur*, *idque retinet*: 1 *bonis paternis publicatis*, L. 3, § 4 D de. min.; *et* 2 *post emancipationem*, *si pater non ademerit*, L. 31 § 2, D. de donat

§. 480. *Peculii denique* adventii *proprietas ordinarie est penes filium*; *ususfructus et administratio penes patrem*, *quoad vivit*, §. 1, Inst. h. t. L. ult. §. 5, C. de bon. *quae lib.*

§. 481. Ordinarie, *inquam*. *Nam nonnumquam peculium adventitium pleno iure fit filii*: 1.° *si filius renuente patre hereditatem adierit*, L. ult. §. 1, C. de bon. quae lib.; 2 *si filio ea conditione quid donatum relictumque sit*, *ne pater usumfructum habeat.* Nov. CXVIII. cap. 1; 3 *si filius una cum patre succedat fratri germano*, Nov. CXVIII. cap. 2.; 4 *si pater in bonis filio restituendis dolose versatus sit*, L. 50, D. ad SC. Trebell. *Hinc id peculium adventitium doctoribus IRREGULARE*, *EXTRAORDINARIUM*, *PLENUM*; *alterum*, *de quo* § 480 *REGULARE*, *ORDINARIUM*, *MINUS-PLENUM adpellatur.*

§. 482. *Quia ergo tantum per filiosfamilias et servos nostros nobis adquiritur* (§. 469 seq.), *de ceteris valet axioma*: alii per alium adquiri nequit. *Attamen ex mandato nostro per procuratorem nobis et dominium et possessio adquiri potest*, §. 5, Inst. h. t.

TITULUS X.

De Testamentis ordinandis.

§. 483. *Reliquis modis adquirendi singularibus per legata et fideicommissa* (§. 436), *ad finem libri huius secundi reiectis*, *Imperator transit ad civiles universales* (§. 436), *quorum primus est HEREDITAS.*

(*a*) *Secus ac olim*, *quum pater bona filii mortui castrensia iure peculii occuparet*, L. 2, D. de castr. pecul.

(*b*) *Ratio huius iuris arcessenda ex unitate personae. Quum enim pater et filius pro una persona habeantur* (§. 139), 5 *consequens est ut pater filio donare nequeat* (§. 452); *ideoque quidquid a patre in filium proficiscitur*, *patris manet* §. 1 Inst. h. t.

test. L. 6, *de bon. quae lib.*), e per conseguenza : 1.° per siffatti beni risguardasi come padre di famiglia (*L.* 2, *D. de SC. Maced.*); 2.° ne dispone liberamente fra vivi ed a causa di morte (*L.* 3, *Cod. de castr. pec.*), e li trasmette *ab intestato* a suoi eredi (*a*) (*pr. Instit. quib. non est perm. fac. test.*).

§. 479. Il peculio *profettizio* appartiene di piena proprietà al padre (*b*) (§. 1, *Inst. h. t.*); e per conseguenza il figlio ne ha soltanto l' amministrazione; e intanto se lo gode e lo ritiene: 1.° se sieno confiscati i beni paterni (*L.* 3, §. 4, *fin. D. de min.*); e 2.° dopo l' emancipazione se il padre non gliel' abbia tolto (*L.* 31, §. 2, *D. de donat.*).

§. 480. Finalmente la proprietà del peculio avventizio appartiene ordinariamente al figlio ; l'usufrutto e l' amministrazione al padre finchè vive (§. 1, *Inst. h. t. L. ult.* §. 5, *Cod. de bon. quae lib.*).

§. 481. Dico *ordinariamente*; avvegnachè talora il peculio avventizio appartiene di pieno dritto al figlio: 1.° se, contro il consenso del padre, abbia accettato una eredità (*L. ult.* §. 1, *Cod. de bon. quae lib.*); 2.° se sia stata donata e rilasciata qualche cosa al figlio colla condizione che il padre non ne godesse l'usufrutto (*Nov.* 117, *cap.* 1); 3.° se il figlio succeda insieme col padre ne' beni del fratello germano (*Nov.* 118, *cap.* 2); 4.° se il padre abbia agito di mala fede in quanto a' beni che dee restituire al figlio (*L.* 50, *D. ad SC. Trebell.*); da ciò i giureconsulti dividono questo peculio avventizio in IRREGOLARE, STRAORDINARIO e PIENO; e l' avventizio di cui si è parlato nell' antecedente paragrafo, in REGOLARE, ORDINARIO e MENO PIENO.

§. 482. Siccome noi acquistiamo soltanto o mercè i figli di famiglia, o de' nostri servi (§. 469 e segu.), in quanto alle altre persone si segue il seguente assioma: *chè uno non può acquistare per mezzo di un terzo.* Mercè nostro mandato nondimeno il procuratore può per noi acquistare la proprietà e il possesso (§. 5, *Inst. h. t.*).

TITOLO X.

Della formazione de' testamenti.

§. 483. Giustiniano riportando alla fine di questo secondo libro gli altri modi di acquistare a titolo singolare, che sono i legati e i fidecommessi, passa a' modi di acquistare a titolo universale per dritto civile (§. 436), il primo de' quali è l' EREDITA'.

(*a*) Anticamente il padre per dritto del peculio occupava i beni castrensi del figlio morto ab *intestato*, *L.* 2, *D. de castr. pecul.*

(*b*) Fa uopo ricercare la ragione di questo dritto nell' unità della persona. Avvegnachè il padre e il figlio risguardandosi come una sola persona (§. 139, 5), ne segue che il padre non possa donare al figlio (§. 458); e per conseguenza tutto ciò che va dal padre al figlio continua appartenere al padre, §. 1, Inst. h. t.

§. 484. Hereditatum *duplex conditio est. Nam ex iure civili romano vel ex TESTAMENTO vel AB INTESTATO ad nos pertinent*, §. 6, Inst. per quas pers. cuique adquir., *quarum illa hanc excludit*, L. 39, de adquir. heredit.

§. 485. *Quum vero praecipua sit successio testamentaria, et quamdiu successor ex testamento speratur, ab intestato heredibus locus non detur* (§. 484), *merito eius rei caussa ab origine arcessenda est, maxime quum alioquin expediti iuris sit, ius publicum privatorum voluntate mutari non posse*, L. 38, D. de pact. L. ult. D. de suis et legit. hered.

§. 486. *Successio omnis iure romano erat legitima; et hinc non nisi nova lege mutari poterat. Nihil enim tam naturale est, quam eo genere quidvis dissolvi quo erat colligatum*, L. 35, D. de reg. iur. *Itaque et leges de successione intestatorum nova lege tollebantur, dum in comitiis calatis rogabatur populus, velitne, iubeatne, ut Lucius Titius Lucio Valerio tam iure legeque heres sit, quam si filius eius proximusve heres esset*, Aul. *GELL.* Noct. Att. lib. 15 c. 27? *Et haec sunt TESTAMENTA IN COMITIIS CALATIS FACTA, de quibus* §. 1, Inst. h. t. *Unde et postea semper mansit principium*, testamenti factionem esse iuris publici L. 3, D. qui test. fac. poss.

§. 487. *Postea legibus XII tabularum cautum fuerat: PATERFAMILIAS UTI LEGASSIT SUPER FAMILIA, PECUNIA, TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO* (§. 208). *Quum vero privata voluntas leges de successione tollere non posset, fingebant* ICti, *qui actiones legis componebant* (§. 68), *haereditatem veluti inter vivos alienari, BYNKERSHOEK.* Obs. L. II. c. 2.

§. 488. *Quum itaque hereditas esset res mancipi* (§. 330, *res mancipi vero mancipatione transferrentur* (§. 336), *testamenta condi iusserunt PER AES ET LIBRAM. Constituebatur ergo* familiae emptor, *cui testator, praesentibus* quinque testibus *civibus romanis*, antestato *et* libripende *familiam vel hereditatem venderet, GELL.* lib. 15, c. 26, *addita nuncupatione solemni*: haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, Quirites, testimonium praebitote. *ULP.* Frag. t. 20, §. 9.

§. 489. *Quemadmodum porro PRAETOR saepe ius civile sub aequitatis specie mutabat* (§. 65), *ita et secundum tabulas dabat bonorum possessionem, dum septem testes eas signassent* (a) §. 2, Inst. h. t.

(a) *Quinque enim testes adhibebantur more in mancipationibus recepto* (§. 408), *reliqui duo libripendem, et antestatum repraesentabant.*

§. 484. Vi sono due specie di *eredità* secondo il dritto civile romano, cioè la *testamentaria e quella ab intestato* (§. 6, *Inst. per quas pers. cuique adqu.*). La prima esclude la seconda (*L.* 39, *D. de adquir.*).

§. 485. E poichè la successione testamentaria è la principale, e quella *ab intestato* non ha luogo finchè si spera un erede testamentario (§. 484), fa uopo esaminare la ragione di un siffatto privilegio, sopratutto perchè d'altronde è di dritto inconcusso che la volontà de' privati non possa derogare al dritto pubblico (*L.* 38, *D. de pact. L. ult. D. de suis et legit. hered.*).

§. 486. Ogni successione per dritto romano era legittima. Quindi non poteva cangiarsi che mercè una nuova legge. Infatti nulla di più comune che il distruggere una cosa cogli stessi mezzi co' quali fu formata (*L.* 35, *D. de reg. iur.*). Per siffatto motivo è che le leggi sulla successione di coloro che morivano *ab intestato* venivano annullate con una nuova legge, allorchè ne' comizi calati (riuniti) il testatore domandava al popolo di volere e comandare che Lucio Tizio, sì per dritto, che per legge, sia erede di Lucio Valerio, come se fosse suo figlio e suo erede più prossimo (GELL. *Noct. Att. lib.* 15, *cap.* 27.). E questi erano i TESTAMENTI FATTI NE' COMIZI CALATI (§. 1, *Inst. h. t.*). Sicchè in seguito restò saldo il principio che la formazione del testamento fosse di dritto pubblico (*L.* 3, *D. qui test. facer. poss.*).

§. 487. Dalla legge delle XII Tavole fu in seguito sancito: SECONDOCHÈ UN PADRE AVRA' DISPOSTO SULLA SUA FAMIGLIA, SOSTANZE E TUTELA DELLA SUA COSA *così* SE GLI FACCIA DRITTO (§. 208). E siccome la volontà privata non poteva annullare le leggi sulle successioni, così i giureconsulti i quali componevano le *azioni delle leggi* (§. 68) supponevano per finzione, che l'eredità venisse alienato tra vivi (BYNKERSH. *Obs. lib.* 2, *cap.* 2).

§. 488. Siccome l'eredità era una cosa patrimoniale (§. 330,*), e che gli oggetti di siffatta natura trasferivansi coll' emancipazione (§ 336), così i testamenti facevansi col PEZZO DI RAME E LA BILANCIA. Si costituiva dunque un *compratore della famiglia*, a cui il testatore, in presenza di cinque testimoni, cittadini romani, dell' *interrogatore* (*antestato*) e del *porta-bilancia* (*libripende*) vendeva la famiglia e l'eredità (GELL. *lib.* 15, *cap.* 26) pronunciando questa formola solenne: *Queste cose scritte sulle presenti tavole o cere, le dò, le lego in tal guisa, e così fo testamento; e voi o cittadini chiamo per testimoni* (ULP. *Fragm. tit.* 20, §. 9).

§. 489. E siccome spesso il PRETORE sotto pretesto di equità cangiava il dritto civile (§. 65), così dava il possesso de' beni secondo le tavole, purchè firmate da sette testimoni (*a*) (§. 2, *Inst. h. t.*).

(*a*) Imperocchè i cinque testimoni si adopravano per l'uso introdotto nelle mancipazioni (§. 488). I due altri rappresentavano l'interroga-

§. 490. *Usu demum et constitutionibus principum invaluit nova testandi ratio, quae tamen fere veteribus nititur principiis, adeoque* **TESTAMENTUM** *ex ritu antiquo, edicto praetoris et constitutionibus principum conflatum* (*a*), *iam nihil aliud est, quam* voluntatis nostrae iusta sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. L. 1, D. qui test. fac. poss.

§. 491. *Quum ergo testamentum sit voluntatis nostrae sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* §. 490 *vel ut Imperator, Stoicam allusionem* (§. 92 *) *pro etymologia sequutus, ait*, testatio mentis, pr. Inst. h. t., *sequitur*: 1 *ut quis vel scripto testari possit, vel per nuncupationem. Unde distinctio testamenti in SCRIPTUM et NUNCUPATIVUM*; 2 *ut de universitate omnium bonorum testari*; *adeoque* 3 *nec pro parte testatus, pro parte intestatus*, L. 7, D. de reg. iur. §. 5, Inst. de her. inst.; *nec* 4 *cum duobus plurisbusve testamentis decedere*, L. 19, D. de test. mil.; *et hinc* 5 *voluntatem suam semper mutare et prius testamentum posteriore tollere possit* L. 4, D. de adim. legat.; 6. *ut integritas mentis exigatur in eo qui testamentum condit*, L. 2 et 3, C. qui testam. fac. poss.

§. 492. *Quumque deinde sit* iusta, *id est solemnis, voluntatis nostrae sententia* (§ 490), *consequens est*, 7 *ut solemnitates omnes observari oporteat, nullaque sine periculo nullitatis possit praetermitti*, L. 17 et 23, C. de fideicomm.

§. 493. *Solemnitates vel* internae *sunt*, *vel* externae, *Interna est heredis idonei legittima institutio*, §. 34, Inst. de leg. L. 1, §. 3, D. de hered. instit. *Eaque fiebat verbis directis vel imperativis* (*b*): *veluti* Titius heres esto; *precativa enim vel obliqua a plerisque improbata*, *ULP.* Fragm. tit. 21, §. 4.; *sed hodie quaevis verba sufficiunt*, L. 15, C. de testam.

Antiquum esse hoc testamentum, et CICERONIS temporibus anterius, patet ex CIC. in Ver. I c. 45.

(*b*) *Et quidem temporibus THEODOSII IUNIORIS. Vide IAC. GOTHOFR.* Ad L. 1, C. Th. de test. et codic. tom. 1, pag. 334, seq.

(*a*) *Quia enim testamenta vetustissimis temporibus erant leges in comitiis calatis latae* (§. 486); *hanc legum indolem testamenta etiam sequiore aevo retinuerunt, nec nisi verbis imperativis facta sunt*, *CUIAC.* Obs. lib. 11, c. 35. *Hinc testamentum dicitur*, νόμος lex. Excerp. de legat. pag. 62.: *testari*, νομοθετεῖν legem ferre, *CHRYSOSTOM.* Serm. I. in act. Apost. p. 615. Nov. XXII. cap. 2. *Quin* legare, *quo vocabulo decemviri usi*, ad ULP. Fragm. tit. 24, §. 1, *exponitur*, legis modo, id est, imperative, testamento relinquere.

§. 490. Finalmente per l'uso e per le costituzioni de'principi fu introdotta una nuova maniera di testare, ch'è fondata a un dipresso sugli antichi principi; e per conseguenza il TESTAMENTO composto secondo l'antico rito, dell'editto del pretore, e delle costituzioni de' principi (*a*) non è altro che *la dichiarazione legittima di ciò che ciascuno vuole che si faccia dopo la sua morte* (*L.* 1, *D. qui testam. facer. poss.*).

§. 491. Essendo dunque il testamento la dichiarazione legittima di ciò che ciascuno vuole che si faccia dopo la sua morte (§. 490) o come dice Giustiniano seguendo un' allusione stoica (§. 82,*) per etimologia, *la dichiarazione dell' intenzione* (testatio mentis), ne segue: 1.° che il testamento possa essere fatto *in iscritto* o *a viva voce*; da ciò la distinzione del testamento in ISCRITTO e in NUNCUPATIVO; 2.° che debba farsi il testamento per l'universalità de' beni; e che per conseguenza 3.° niuno morir possa in parte *testato* ed in parte *ab intestato* (*L.* 7, *D. de reg. jur.*, §. 5, *Inst. de hered. inst.*); 4.° che non si possa morire con due o più testamenti (*L.* 19, *Cod. de test. mil.*); 5.° che si possa sempre cangiar volontà e rivocare il primo testamento col susseguente (*L.* 4, *D. de adim. leg.*); 6.° che colui che fa testamento debba godere d' integrità di mente (*L.* 2 e 3, *Cod. qui test. facer. poss.*).

§. 492. Essendo una siffatta dichiarazione legittima, cioè colle solennità della legge (§. 490), ne segue, 7.° che bisogna osservare tutte queste solennità, e che non se ne possa omettere alcuna sotto pena di nullità (*L.* 17 e 23, *Cod. de fideicomm.*).

§. 493. Le solennità sono *interne* o *esterne*. L'interna è l'instituzione legittima di un erede che riunisce le qualità richieste (§. 34, *Inst. de legat. L.* 1, §. 3, *D. de hered. Inst.*); la quale si faceva in termini diretti o imperativi, a cagion di esempio (*b*): che *Tizio sia mio erede*; l'institutione in termini supplichevoli o indiretti veniva riprovata dalla maggior parte (ULP. *Fragm. tit.* 21, §. 1,); ma al presente basta una espressione qualunque (*L.* 15, *Cod. de test.*)

---

tore e il porta-bilancia. Siffatto modo di testare è antico ed anteriore a tempi di CICERONE, come conoscesi dalla prima aringa contro Verre, cap. 45.

(*a*) E ciò fin da' tempi di Teodosio il giovane. Veggasi GIACOMO GOTOFREDO, *ad L.* 1, *C. Th. de test. el cod. tom.* 1, *p.* 334 *e segu.*

(*b*) Imperocchè siccome ne' tempi più remoti i testamenti erano altrettante leggi che si formavano ne' comizi calati (§. 486), così ne' tempi susseguenti i testamenti han conservato il prefato carattere di legge, e non si facevano che in termini imperativi, CUJACIO, *Obs. lib.* 11, *cap.* 35. Quindi il testamento vien chiamato *legge* (*nomos*), *Excerpt. de legation. p.* 62; e testare vale lo stesso che formare una legge (*momothetein*) (GRISOST. *Serm.* 1, *in act. Apost. p.* 615, *Nov.* 22 *cap.* 2. Inoltre la voce *legare* di cui si valsero i Decemviri viene spiegata da ULPIANO, *Fragm. tit.* 24, § 1, *lasciare per testamento, a modo di legge*, *cioè imperativamente.*

§. 494. *Solemnitates* externae *exiguntur plures, veluti: I ut testamenta fiant* uno contextu (*a*), *id est, actu testandi continuo et non interrupto*, L. 28, Cod. de test., *nec quoquam, quod ad testandi actum non pertinet, veluti contractu, intermixto*, L. 20, D. de verb. sign.

§. 495. *II Ut septem adsint testes* (§. 489*), *specialiter rogati* (*b*), L. 21, §. penult. D. qui test. fac. poss.; *testatorem videntes*, L. 9, C. de test.; *quibuscum est testamenti factio* (*c*) §. 6. Inst. de testam. *Unde nec mulier*, d. §. 6 Inst. de test. *GELL.*L.V.cap. 10, *nec impubes, nec servus*, L. 20, §. 6, 7, D. qui testam. fac. poss., *nec foriosus, nec mutus, nec surdus, nec caecus, nec prodigus, nec improbus et intestabilis, id est, ob carmen famosum damnatus*, L. 21, D. de test. L. 18, §. 1, D. qui testam. fac. poss., *testamento tanquam testes adesse possunt*, d. §. 6, Inst. h. t. *Oportet etiam testes nec heredes, nec in potestate testatoris, nec in potestate heredis vel eidem coniunctos esse*, §. 9, et 10, Inst. h. t. L. 20, pr. et §. 1, D. qui testam. fac. poss. *Ipsorum testium inter se coniunctio non nocet*, §. 8. Inst. h. t. L. 17, D. de test.

§. 496. *Hae solemnitates testamento nuncupativo et scripto communes sunt. In scripto praeterea requiritur, III ut testator vel ipse scribat tabulas* (*quod testamentum* holographum *vocatur*), *vel iisdem subscribat* (*d*), *vel, si scribere nesciat, octavum testem eum in finem adhibeat, pro testatore subscripturum*, l. 28, §. 1, C. de testam.

§. 497. *Denique IV requiritur, ut et testes subscribant, et tabulis signacula* (§. 489), *sive suo, sive alieno annulo, aliove instrumento expressa* (*e*) *adponant*, §. 3, Inst. h. t. L.

(*a*) *Quia enim testamenta olim condita in comitiis calatis* (§. 485), *in comitiis autem interruptis nihil actum credebatur*, *CIC.* ad Quint. fratr. lib. 3, ep. 3, *idem mos etiam in testamentis videbatur observadus.*

(*b*) *Quia et in comitiis calatis solemnis praemittebatur rogatio: VELITIS, IUBEATIS, QUIRITES* (§. 486).

(*c*) *Cave hic intelligas vel testamanti factionem* activam, *vel* passivam, *vel utramque simul. Non activam, quia filiusfamilias testis esse, nec tamen testari potest: non passivam, quia impubes heres institui, nec tamen testamento testis adesse potest; nec utramque, quia mulier et testamentum condit, et heres recte instituitur, nec tamen hic recte testimonium perhibet. Tu dic, cui non liceret interesse comitiis calatis, cum eo non fuisse testamenti factionem, nec cum testem esse potuisse in testamento. Unde male THEOPHILUS*; οἵτινες ὑφ ἡμῶν δύνανται κληρονόμοι γράφεσθαι, και γράφειν ἡμᾶς, qui et a nobis heredes institui, et non instituere possunt.

(*d*) *Addiderat IUSTINIANUS, ut et testator vel testes nomen heredis sua manu exprimerent*, §. 4, Inst. h. t. L. 19. C. de testam.; *sed eam solemnitatem ipse postea sustulit.* Nov. CXXIX. cap. 9.

(*e*) *Ita sane hodie. Signacula enim testium moribus hodiernis penitus ubique in desuetudinem abiisse, uti visum GUDELINO*, de iure

§. 494. Esigonsi molte solennità esterne, cioè: 1.° che il testamento si faccia in *un sol contesto* (*a*), ossia che l'atto di testare sia continuo e non interrotto (*L.* 28, *Cod. de test.*), e senza frammischiarvi alcun atto straniero all' azione di testare, come se fosse un contratto (*L.* 20, *D. Ve V. S.*).

§. 495. 2.° Che vi sieno presenti sette testimoni (§. 389,*) specialmente convocati (*b*) (*L.* 21, § *pen. D. qui test. fac. poss.*) che veggono il testatore ed abbiano la facoltà di testare(§. 6, *Inst. de testam.*). Quindi nè la donna (*D.* §. 6, *Inst. de testam.* AUL. GELL. *lib.* 5, *cap* 10), nè l'impubere, nè il servo (*L.* 20, §. 6, 7, *D. qui test. fac.*), nè il furioso, nè il sordo, nè il cieco, nè il prodigo, nè l' infame e incapace di testare, cioè l' individuo condannato per libello famoso (*L.* 21, *D. de testam. L.* 18, §. 1, *D. qui test. fac. poss.*) possono essere testimoni di un testamento (*D.*§. 6, *Inst.h.t.*). Fa uopo altresì che i testimoni non sieno nè eredi, nè sotto la potestà del testatore, nè sotto quella dell' erede, nè che sieno parenti (§.9 e 10. *Inst. h. t. L.* 20, *pr.* e §. 1, *D. qui test.fac. poss.*). Poco importa che i testimoni fossero tra loro parenti (§.8, *Inst.h.t.L.*17,*D.de test.*).

§. 496. Le prefate solennità sono comuni al testamento sì nuncupativo che scritto. In quest' ultimo richiedesi inoltre, 3.° che il testatore istesso scriva il testamento (che dicesi *olografo*) o che lo sottoscriva (*d*); o se non sappia scrivere che si chiami un ottavo testimonio che sottoscriva pel testatore (*L.* 28, §. 1, *Cod. de testam.*).

§. 497. Finalmente esigesi, 4.° che i testimoni sottoscrivono ed appongono qualche segno nelle scritture (§. 489) o col proprio o coll' altrui anello o con uno strumento qualunque (*e*) (§.

(*a*) Perchè anticamente i testamenti facevansi nelle assemblee de' comizi (§. 485), i cui atti erano nulli se venivano interrotti, CIC. *ad Quint. fratr. lib.* 3, *Epist.* 3. È sembrato doversi osservare lo stesso uso ne' testamenti.

(*b*) Ne' comizi calati si pronunciava la seguente formola. VOLETE, ORDINATE O CITTADINI (§. 486.).

(*c*) Non bisogna qui intendere nè la fazione attiva, ne quella passiva, nè entrambe riunite. Non è l' *attiva* perchè il figlio di famiglia può essere testimonio, e intanto non può fare testamento; non è la *passiva*, perchè un impubere può essere istituito erede e intanto non può essere testimone in un testamento. Bisogna dire che colui che non poteva entrare nell' assemblea de' comizi calati non avea questa fazione del testamento e non poteva essere testimone. A torto dunque TEOFILO dice *quelli che possiamo istituire eredi e ci possono istituire* (*oitines uph'. èmòn dunantai cleronomoi graphesthai, kai graphein èmas.*).

(*d*) Giustiniano avea aggiunto che il testatore, o i testimoni scrivessero di propria mano il nome dell' erede, §. 4, *Inst. h. t. L.* 19, *C. de testam*; ma dipoi soppresse questa solennità *Nov.* 119, *cap.* 2.

(*e*) Così si pratica oggigiorno. Il dire che per gli usi moderni i segni de' testimoni non sieno più adoprati, come pretende GUDELIN *de*

22, §. 2, 5, 7, et L. 30, D. qui testam. fac. poss. L. 12, C. de test.

§. 498. *Parum vero interest, qua lingua, quibusve verbis quis testetur*, L. 21, §. ult. L. 13, C. de testam., *quave in materia* (*cera, charta, an membrana*) *scribat*, §. 12, Inst. de test. ord. L. 1 et 4, D. de bon. poss. sec. tab., *dummodo litteris, non notis, testamentum prescribatur*, L. 6, §. ult. D. de bon. posses., *nec charta deletitia* (*a*), *vel* ὀπισθόγραφος adversaria, *cui alioquin ultima voluntas inscribi potest*, L. 4, D. de bon. poss. sec. tab. *litteras confundat.*

§. 499. *In* nuncupativo *testamento* (§. 491) *requisita* (§. 496) *exposita, exulant, sufficitque, si testator coram septem testibus idoneis et rogatis, testatoremque videntibus et intelligentibus, ultimam voluntatem viva voce eloquatur*, §. 14, Inst. h. t. L. 21, pr. §. penult. D. qui testam. fac. poss. L. 21, §. 2, L. 26, C. de test. *Nec mutatur testamentum nuncupativum in scriptum, si vel maxime ea nuncupatio postea in scripturam memoriae caussa redacta fuerit*, *SICHARD.* in L. 21, §. 2, c. C. de testam. §. 2.

§. 500. *Testamenta solemnia etiamnum in Germania immo et in Frisia nostra, conduntur. Sed rarius tamen ea fiunt privatim: saepius vel iudice cum scabinis et scriba, vel tabellione cum testibus adhibito. Saepissime testamenta domi scripta offeruntur principi vel magistratui*, L. 19, C. de test. *Alicubi etiam valent testamenta secundum ius canonicum condita coram parocho et duobus testibus* cap. 10, D. de test. *Secundum consuetudinem ergo singulorum locorum rite facta testamenta ubique valent, etiam ubi diversae solemnitates receptae sunt*, *SAND.* lib. 4, tit. 1, def. 14, (*Conf.* Elem. iur. Germ. lib. 2, tit. 7, §. 174, seq.)

---

noviss. lib. II. tit. 5, *experientiae adversatur. Perinde vero habetur in universa Germania, sive quis annulo, sive typario, signet, modo* χαρακτὴρ *expressum habeat, quamvis*, L. 22, §. 5, D. qui testam. fac. poss., *ex subtili iuris ratione annulum praecise exigat; nec ea emendatione mutanda videatur.*

(*a*) *Charta* deletitia *est, e qua, quod antea inscriptum, deinde erasum est. BRISSON.* de verb. sign. voc, *deletitia*, ὀπισθόγραφος, *charta, cuius iam litteris impletae tergo aliud quid inscribitur*, *VOSS.* Etymol. h. v. *SAVONAR.* ad *SIDON.* lib. 2 epist. 9, *non cuius utraque pagina conscripta, uti GUIDO PANCIROL.* Lect. var. lib. 2 c, 109.

3, *Inst. h. t. L.* 22, §. 2, 5, 7, *e L.* 30, *D. qui test. fac. poss. L.* 12, *Cod. de testam.*).

§. 498. Poco importa in quale lingua od in quali termini si faccia un testamento (*L.* 21, §. *ult. L.* 15, *Cod. de test.*), su qual materia (sia cera, sia carta, sia pelle) (§. 12, *Inst. de test. ord. L.* 1 *e* 4, *D. de bon. poss. sec. tab.*), purchè sia scritto con lettere alfabetiche e per esteso, e non con abbreviature o segni (*L*, 6, §. *ult D. de bon. poss.*), nè che la carta sia deletizia o grattata (*b*), nè opistografa cioè scritta nel di dietro, e sulla quale si può del rimanente scrivere le ultime volontà (*L.* 4, *D. de bon. poss. sec. tab.*), senza che venghino confuse le scritture.

§. 499. Nel testamento *nuncupativo* (§. 491) non richieggonsi le condizioni prescritte nel §. 496; basta che il testatore dichiari la sua ultima volontà in presenza di sette testimoni idonei e specialmente convocati, i quali lo veggano e lo sentano (§. 14, *Inst. h. t. L.* 21, *pr.* §. *pen. D. qui test. fac. poss. L.* 21, §. 2, *L.* 26, *Cod. de test.*). Il testamento nuncupativo non cambiasi in quello iscritto, benchè questa dichiarazione nuncupativa sia stata in seguito redatta in iscritto a fin di conservarne la memoria (SICHARD, *sulla L.* 21, §. 2, *C. de testam.*).

§. 500. I testamenti solenni sono tuttora in uso nella Germania e nella nostra Frisia. Di rado nondimeno si fanno privatamente, ma per lo più o avanti al giudice e suoi assessori, uno scrivano, e un notaio accompagnato da testimoni. Spessissimo i testamenti scritti nella casa del testatore vengono presentati al principe o al magistrato (*L.* 19, *Cod. de testam.*). In altri luoghi sono valevoli i testamenti fatti secondo il dritto canonico, in presenza del parroco e di due testimoni (*cap.* 10, *D. test.*). Quindi i testamenti valevolmente fatti secondo le consuetudini di ciascun paese, hanno vigore altresì in que' luoghi in cui le solennità son differenti (*SAND. Lib.* 4, *tit.* 1, *def.* 13.: Veggansi gli *Elementi del dritto germanico lib.* 2, *tit.* 7 § 174, segu.)

---

jure novissimo lib. 2, *tit.* 5, è contrario all' esperienza. In tutta la Germania è indifferente il servirsi di un anello o di qualunque altro segno, purchè ci sia impressa una marca, benchè la legge 22, §. 5, *D. qui test. fac. poss.*, dietro una sottile ragione di dritto sembra che richiegga l' anello, e non permetta che ne venga violato il rito.

(*b*) *Charta delatitia* è una carta sulla quale erasi già scritto qualche cosa, e che dipoi si è cancellata: BRISSON, *de verb. sign.* al vocabolo *deletitia*. Carta *opisthographos* è quella già scritta sulla pagina posteriore allorchè s' imprenda a scrivere su quella anteriore, VOSS. *Etymol. a questo vocabolo*; SAVARON ad SIDON. *lib.* 2, *Epist.* 9, e non quella le cui due pagine sono scritte, come pretende GUIDONE PANCIROLO, *Var. Lect. lib.* 2, *cap.* 109.

TITULUS XI.

De militari testamento.

§. 501. *Supra jam observavimus* (§. 492 7.°) *nullam sollemnitatem in testamento posse praetermitti sine periculo nullitatis. Sunt tamen quaedam testamenta quibus vel omnes, vel quaedam sollemnitates remissae, quae ideo PRIVILEGIATA vel MINUS SOLLEMNIA dicuntur.*

§. 502. *Omnes sollemnitates internae externaeque remissae sunt*: 1 *MILITIBUS ob imminens vitae periculum*, L. 1 et 34, §. 2, L. 35 et 40, D. h. t. L. 15, C. de test. Inst. h. t. *Quemadmodum enim olim, etiam ante XII tabulas, milites IN PROCINCTU testari poterant, ita ut imminente acie sagis, vel potius cinctu Gabino induti, et scudis inserentes manus, tribus aut quatuor audientibus, heredem suum nuncuparent*, *PLUTARCH.* in Coriolan. pag. 198. *SERV.* ad *VIRG.* AEn. lib. VII, v. 712. *VELLEI PATERC.* Lib. II. cap. 5, *ita et postea liberam testementi factionem militibus non quidem in procinctu, sed tamen in periculo constitutis, reddidit* (*d*) *primum Jul. Caesar, deinde Titus, postea Domitianus, hinc Nerva, ac prostremo Traianus*, L. 1, pr. D. h. t. *Unde testamentum militare ex constitutionibus principum derivat, ULPIAN.*, Fragm. tit. 23, §. 2.

§. 503. *Quum ergo omnibus sollemnitatibus* (§. 502), *adeoque et interna* (§. 493), *soluti sint milites, consequens est*: 1 *ut heredes instituere possint quoscumque, etiam quibuscum non est testamenti factio*, L. 13, §. 2, D. L. 5, C. h. t.: 2 *Ut possint et liberos exheredare, vel tacite praeterire*, §. 6, Inst. de exher. liber. L. 9 et 10, C. h. t.; *adeoque* 3 *nec agnatione suorum heredum eorum testamenta rumpantur*, L. 7 e 8, D. h. t., *nec adversus ea valeat querela inofficiosi* L. 29, §. ult. D. h. t.; 4 *ut possint pro parte testati, pro parte intestati* L. 9 et 15, §. 4, L. 37, D. h. t.; 5 *et cum pluribus testamentis decedere*, L. 19, pr. D. h. t.; 6.° *et codicillis heredes instituere*, L. 36, pr. D. h. t. 7; *ut quocumque modo substituere*, L. 5 et 15, §. 5, L. 28, D. h. t.; *immo et* 8 *plus*,

---

(*d*) *Testamentum enim in procinctu ab usu recesserat, teste IUSTINIANO*, §. 1. Inst. de test. ord., *et quidem iam tempore CICERONIS, quia iam tum bella auspicato geri desierant, CIC.* de nat. Deor. Lib. 2, c. 3. *Postea ea privilegia restitui militibus placuit, postquam et in bellis civilibus et ab Augusti temporibus mercenarium militem scribi placuit. Intererat enim principum, homines compluribus huiusmodi privilegiis ad militiam invitari.*

TITOLO XI.

Del testamento militare.

§. 501. Abbiamo già di sopra osservato (§. 492,7.°) che ne' testamenti non si possa omettere solennità alcuna sotto pena di nullità. Vi sono nondimeno de' testamenti che sono dispensati da tutte o da una parte delle prefate solennità, e che per ciò diconsi PRIVELIGIATI o MENO SOLENNI.

§. 502. Da tutte le solennità interne ed esterne vengono dispensati: 1.° i MILITARI a causa dell' imminente pericolo della vita (*L.* 1 e 34, §. 2, *L.* 35 e 40 *D. h. t. L.* 15, *Cod, de test. Inst. h. t.*). Imperocchè siccome anticamente, così anche pria delle leggi delle XII Tavole, i soldati potevano testare IN PROCINCTU, cioè nel momento d' ingaggiar la battaglia, colla divisa militare o piuttosto col cinto gabino che li cingeva i reni, e colle mani intromesse negli scudi, in presenza di tre o quattro testimoni nominavano il loro erede (PLUTARCO *in Coriolano pag.* 198. SERV. *ad* VIRG. *Æneid. lib* 7, *v.* 712, VELLEJO PATERCOLO *lib.* 2, *cap. 5.*). In seguito la libera facoltà di testare non solo nell' istante d' incominciare la battaglia, ma altresì nelle posizioni pericolose venne a' militari restituita (*a*) prima da Giulio Cesare e dipoi da Tito, Domiziano, Nerva e Trajano (*L.* 1, *pr. D. h. t.*). Laonde il testamento militare deriva dalla costituzione de' principi (ULP. *Fragm. tit.* 23, §. 2).

§. 503. I militari venendo esentati da tutte le formalità (§. 502), e per conseguenza anche da quelle interne (§. 493), ne segue: 1.° che possano istituire eredi chiunque e quelli altresì che non hanno dritto di essere istituiti (*L.* 13, §. 2, *D. L.* 5, *Cod. h. t.*); 2.° che possano diseredare i loro figli o passarli sotto silenzio (§. 6, *Inst. de exaered. lib. L.* 9 e 10, *Cod. h. t.*); e per consegnenza 3.° che i loro testimoni non sieno rotti dall' agnazione de' loro eredi necessari (*L.* 7 e 8; *D. h. t.*), nè ha luogo contro degli stessi la querela d' inofficioso testamento (*L.* 29, §. *ult. D. h. t.*); 4.° che possano morire in parte testati ed in parte *ab intestato* (*L.* 9 e 15, §. 4, *L.* 37, *D. h. t.*); e 5.° con più testamenti (*L.* 19, *pr. D. h. t.*); 6.° che possano istituire gli eredi con codicilli (*L.* 36, *pr. D. h.t.*); 7.° e sostiture in un modo qualunque (*L.* 5 e 15, §. 5, *L.* 28,

---

(*a*) Imperocchè il testamento *in procinctu* era andato in disuso come l' attesta GIUSTINIANO §. 1, *Inst. de test. ord.*, e ciò fin da' tempi di CICERONE, perchè già le guerre avevano cessato di farsi dopo di essersi presi gli auspici, CIC. *de nat. deor. lib.* 2, *cap.* 3. In seguito venne determinato di restituire a' militari i prefati privilegi, dopochè nelle guerre civili all' epoca di Augusto si presero delle truppe mercenarie. Imperocchè era interesse del principe di allettare molti con siffatti privilegi per farli arrollare alla milizia.

quam lex Falcidia patitur, legare queant, L. 17, §. ult. D. L. 11, C. h. t.

§. 504. *Quumque et externae sollemnitates remissae sint* (§. 502), *sequitur*: 1 *ut, si testamentum militis sit scriptum, nulli testes requirantur, adeoque omnes sollemnitates* (*de quibus a* §. 495 *ad* 497 *actum*), *ab eo recte omittantur*, L. 15, C. h. t., *modo militem scripsisse satis constet*, L. 40, pr. D. h. t.; 2 *ut si nuncupativum testamentum condat, etiam duo testes sufficiant*, L. 12, D. de test. *etiam non rogati*, L. ult. §. ult. D. de codicillis; 3. *ut unicum sit huius testamenti essentiale requisitum, puta, ut constet, militem animo deliberato, non fortuito sermone, heredem sibi nuncupasse*, §. 1, Inst. et L. 24, D. h. t.

§. 505. *Ita ergo iure testantur milites, non modo, qui intra numerum sunt, sed et reliqui in hostico deprehensi, iisdemque expositi periculis* (§. 502) L. 44, D. h. t., *etiam surdi et muti nondum missi*, L. 4. D. h. t., *ubi add. VINN.* ad §. 2, Inst. h. t., *et de statu suo dubitantes*, L. 11, §. 1, D. h. t.

§. 506. *Sed quum caussa privilegii sit periculum vitae imminens* (§. 502), *sequitur*: 1 *ut ita jure testentur milites in expeditione tantum et castris degentes*, §. 3, Inst. L. 1, 15, et penult. C. h. t.; *adeoque in hibernis iidem iure communi obstringantur*; 2 *ut et testamentum, ante militiam non iure factum, vel verbis, vel factis confirmare possint*, L. 9, §. 1, L. 20, §. 1, L. 25, D. h. t.; 3 *ut missione impetrata, et depulso veluti periculo, testamentum iure militari factum expiret*; *quamvis veteranis, missionem honestam vel caussariam impetrantibus, id privilegium concessum sit, ut eorum testamenta adhuc intra annum valeant* §. 3, Inst. et L. 26, pr. §. 1, D. h. t. *et conditio, elapso illo anno existens, retrotrahatur*, §. 3 Inst. h. t. L. 26, D. de condit. Inst.

§. 507. *Quia etiam supra monuimus, de peculio castrensi vel quasi-castrensi libere disponere filiumfamilias* (§. 478, 2); *iam addendum, eum quidem idem de illis testandi ius habere, ac militem, sed ob periculum haud imminens extra militiam non eodem modo testari, sed requisita iuris civilis merito observari*, §. 6, Inst. h. t. L. ult. C. de inoff. testam.

§. 508. *Et hoc iure hactenus explicato utimur; praeterquam, quod leges germanicae, secus ac romanae* (§. 506, 1) *inter militem in acie et in castris constitutum distinguunt, et illius testamentum quocumque modo conditum, huius si duo*

D. h. t.); anzi 8.° fare de' legati al di là di ciò che permette la legge Falcidia (*L.* 17 , §. *ult. D. L.* 11 , *Cod. h. t.*).

§. 504. Siccome siffatti testamenti sono esenti del pari dalle solennità esterne (§. 502), ne segue: 1.° che se il testamento del militare sia scritto non ha bisogno di testimoni e per conseguenza tutte le solennità enumerate dal §. 495 , sino al §. 497, possonsi omettere (*L.* 15, *Cod. h. t.*), purchè così che il militare l'abbia scritto di propria mano (*L.*40, *pr.D.h. t.*); 2.° che se si faccia un testamento nuncupativo , bastano due testimoni (*L.* 12 , *D. de test.*); anche non convocati (*L. ult.* §. *ult. D. de codicill.*); 3.° che siffatto testamento non esige che l' unico essenziale requisito, cioè che così che il militare abbia nominato il suo erede con ferma determinazione e non in un discorso fortuito (§. 1, *Inst.* e *L.* 24, *D. h. t.*).

§. 505. Di siffatta maniera dunque possono i militari valevolmente testare , e non solo quelli che sono nelle file de' combattenti, ma altresì tutti coloro che trovansi sul territorio nemico, esposti agli stessi pericoli (§. 502) (*L.* 44, *D. h. t.*), come pure a' sordi e a' muti non ancora riformati (*L.* 4, *D. h. t.* Veggasi VINNIO *al* §. 2, *Inst. h. t.*), e coloro che sono incerti del loro stato (*L.* 11 , §. 1 , *D. h. t.*).

§. 506. E siccome la causa di siffatto privilegio è il pericolo imminente della vita (§. 502), ne segue: 1.° che lo stesso non appartenga che a' soldati in ispidizione, ed a quelli che sono negli accampamenti (§. 3, *Inst. L.* 1, 15 *e pen. Cod. h. t.*), di guisa che ne'quartieri d' inverno sono sottoposti al dritto comune; 2.° che se pria di essere militari avessero fatto un testamento senza le formalità richieste , possano ratificarlo o espressamente o tacitamente (*L.* 9 , §. 1 , *L.* 20 , §. 1 , *L.* 25, *D. h. t.*); 3.° che ottenuto il congedo e cessato il pericolo il testamento militare non sia più valido ; sebbene i veterani che ottengono un congedo d'onore o motivato, godono del privilegio di far valere i loro testamenti per un anno (§. 3, *Inst. e L.* 26, *pr.* § 1 , *D. h. t.*), e scorso lo stesso qualora la condizione esista ha un effetto retroattivo (§. 3 , *Inst. h. t. L.* 26 , *D. de cond. Inst.*).

§. 507. A quel che di sopra abbiamo detto che il figlio di famiglia possa liberamente disporre de' suoi peculi castrensi e quasi-castrensi (§. 478 , 2.°), fa uopo soggiungere che goda per disporne lo stesso dritto che hanno i militari , ma siccome non corre rischio alcuno fuori servizio , così non può testare nello stesso modo, per cui viene con ragione sottoposto alle formalità del dritto comune (§. 6 , *Inst. h. t., L. ult. Cod. de inoff. testam.*).

§. 508. Vige tuttora fra noi il dritto sino al presente spiegato; eccetto però che le leggi germaniche a differenza di quelle romane (§. 506, 1.°) distinguono il militare in battaglia da quello ch'è negli accampamenti : nel primo caso fanno valere il testamento in qualunque modo fatto ; nel secondo se vengono rogati due testi-

testes adhibiti fuerint, ratum esse iubent, Const. *MAXIMIL.* de ann. 1512, tit. de testam. §. und. toll. *Quam sententiam glossae ad* §. Inst. h. t. *originem debere, iam observavit VIGL. ZUIGH.* ad d. §. 1, pag. 83.

§. 509. *Quaedam sollemnitates externae etiam remissae sunt II PARENTIBUS testantibus inter liberos* (*a*). *Nam si in scriptura testantur, tabulasque vel ipsi scribunt vel subscribunt iisdem, anno, mense, die, unciisque, in quibus liberos instituunt, perspicue expressis, testes non sunt necessarii*, L. 21, §. 1, de test. Nov. CVII. cap. 1. *Sin per nuncupationem, duos testes sufficiunt*, Arg. L. 12, D. de test.

§. 510. *Quodammodo etiam sollemnitatibus soluti III TEMPORE PESTIS testantes, quibus sola unitas contextus, id est, simultanea testium praesentia, ob contagionis periculum remissa est*, L. 8, C. de testam.

§. 511. *Simile quodammodo privilegium tributum, IV RURI testantibus, quorum testamenta subsistunt, quinque testium subscriptione, vel signaculis munita* (*quamvis et alii pro aliis subscribere possint*), *si vel plures, vel litterarum periti, ut fit in agris, haberi nequeant*, L. ult. C. de test., *quod in dubio, donec probetur contrarium, praesumitur*.

§. 512. *Eodem referunt, V testamenta PRINCIPI OBLATA, VI vel ACTIS INSINUATA, quae nullas sollemnitates exigunt* L. 19, C. de test. (§. 500); *VII Testamentum POSTERIUS IMPERFECTUM, quo heredes ab intestato priore praeteriti ad successionem vocantur, in quo quinque testes sufficiunt*, L. 12, §. penult. C. de testam.; *VIII Testamenta, quibus PIAE CAUSSAE consulitur, quae omnibus sollemnitatibus solvit Pontifex*, cap. 11, D. de testam.

(*a*) *Eosque solos. Quod ad extraneam enim personam attinet, eius contemplatione testamentum non valet, nisi iustus adfuerit testium numerus, et reliquae adhibitae sint sollemnitates. Quamvis enim aliu colligi posse videantur ex* Authent. Quod sine C. de testam.; *tamen, quia ab auctoritate sua, id est*, Nov. CVII. cap. 1, *recedit; ei nihil tribuendum* (§. 16) *STRYK.* Caut. testam. c. 10. §. 24.

moni (*Const. Maximil. de ann.* 1512, *tit. de testam.* §. *Unde solemn. toll.*). Siffatta decisione dee la sua origine alla stessa glossa sul §. 1, *Inst. h. t.* come ZUICHIO da molto tempo ha osservato sul detto §. 1, pag. 83.

§. 509. Sono stati dispensati d'alcune solennità esterne 2.° i genitori che fanno testamento tra figli (*a*); imperocchè se testano in iscritto, o che scrivino di propria mano il loro testamento, o che lo firmino colla data dell'anno, mese e giorno, ed esprimendo con precisione le parti nelle quali istituiscono i loro figli non vi è bisogno di testimoni (*L.* 21, §. 1, *Cod. de testam. Nov.* 107, *cap.* 1.). Se il testamento è nuncupativo bastano due testimoni (*Arg. L.* 12, *D. de testam.*).

§. 510. Vengono in certo modo dispensati dalle solennità, 3.° coloro che fanno testamento IN TEMPO DI PESTE, ma soltanto in quanto all'unità del contesto, cioè la presenza simultanea de' testimoni a causa del pericolo del contagio (*L.* 8, *Cod. de testam.*)

§. 511. Un simile privilegio è stato accordato 4.° a COLORO CHE FANNO TESTAMENTO IN CAMPAGNA. Sono valevoli i loro testamenti muniti della sottoscrizione o del suggello di cinque testimoni; gli uni possono sottoscrivere per gli altri allorchè, come suole accadere nelle campagne, non si trovino sufficienti persone che sappiano scrivere (*L. ult. Cod. de testam.*); il che nel dubbio presumesi finchè non si provi il contrario.

§. 512. Si riferiscono nel numero de' surreferiti privilegi 5° i *testamenti presentati* al principe, o 6.° *inseriti negli atti pubblici*, i quali non esigono altra solennità (*L.* 19, *Cod. de testam.*) (§. 500); 7° *un testamento posteriore lasciato imperfetto* nel quale vengono chiamati alla successione gli eredi *ab intestato* preteriti nel primo testamento; in siffatti testamenti cinque testimoni bastano (*L.* 21, §. *pen. Cod. de testam.*); 8.° *i testamenti in favore di una* CAUSA PIA che il Pontefice esenta da ogni solennità (*cap.* 11, X. *de testam.*)

(*a*) È tra essi soli: imperocchè per quel che concerne una persona straniera, il testamento non vale in suo favore, se non vi sia il numero de' testimoni richiesti, e che non si sieno adoprate tutte le altre solennità. Sebbene sembra raccogliersi il contrario dall'*Authent.*, *quod sine*, *Cod. de testam.*, nondimeno siccome allontanasi dal suo originale cioè dalla *Novella* 107, *cap.* 1, non bisogna risguardarla come avente vigore di (§. 16) STRY (*ant. Test. cap.* 10, §. 24.)

TITULUS XII.

Quibus non est permissum facere testamentum.

§. 513. *Testamenta condere possunt omnes, qui non prohibentur. Qui vero prohibeantur, hoc titulo traditur, nimirum omnes qui non participes erant juris comitiorum* (*a*) (§. 486).

§. 514. *Quum enim testamenti factio sit iurispublici romani* (§. 486), L. 3, D. qui test. fac. poss., *consequens est, ut iure romano testari non possint*: 1 *servi*, L. 19, D. eod. *nec* 2 *qui apud hostes sunt* (§. 82 seq.), *quorum testamenta, in captivitate facta, ne quidem si redierint, rata sunt* (*b*), L. 8, pr. D. eod. §. ult. Inst. h. t.; *nec* 3 *peregrini, aut deportati* (§. 227) L. 8, § 1 D. eod.

§. 515. *Quia etiam testamenti factio concessa tantum patribus familias* (§. 487), 4 *nec filii familias testamentum vel codicillos de legatis et fideicommissis* (*aliud enim de donatione mortis caussa dicendum*, L. 25, §. 1, D. de mort. caus. don.) *condunt*, L. 6, et 19, D. qui test. fac. poss., *ne permittente quidem patre*, pr. Inst. h. t. d. L. 6, pr. D. eod., *nisi de bonis castrensibus et quasi-castrensibus* (§. 478 2). *Quod adeo verum est, ut et testamentum patrisfamilias per arrogationem irritum fiat, nisi miles sit*, §. 5, Inst. de milit. test. *et testamentum a filiofamilias factum ne tunc quidem valeat, si sui iuris factus decesserit*, pr. Inst. h. t. d. L. 19, D. qui test. fac. poss. (§ 514, *).

§. 516. *Quia porro testamentum est iusta voluntatis sententia* (§. 490); *illud condere nequeunt* 5 *furiosi, et mente capti, nisi dilucidum sit furoris vel dementiae intervallum*, §. 1, Inst. h. t.; 6 *prodigi tanquam civiliter furiosi, iisque simillimi* (§. 269), §. 2, Inst. h. t. L. 18, pr. D. qui testam. fac. poss., *nisi vel ante interdictionem testamentum fecerint*, d. §. 2, et d. L. 18, pr. D. eod., *vel bene posteritati consu-*

(*a*) *Unde nec mulieres olim testamenta facere potuisse videntur. Postea his data testamenti factio, modo tutor fieret autor.*

(*b*) *Capti enim ab hoste in iusta servitute sunt* (§. 82.). *Contra testamentum recte condunt a latronibus capti* (§. 91, 4), L. 13, pr. D. qui testam. fac. poss., *Quum enim ratio, cur testamentum in captivitate factum non valeat, sit regula Catoniana*, L. 1, pr. de reg. Caton. L. penult. D. de reg. iur.; *facile patet, testamentum in civitate ante captivitatem factum iure postliminii valere, si redierit* (§. 348) *ex lege CORNELIA, si ibidem decesserit*, §. ult. Inst. h. t. L. 12. D. qui testam. fac. poss. L. 16 et 18, D. de capt. et postlim.

TITOLO XII.

A chi non è permesso di far testamento.

§. 513. Possono fare testamento tutti coloro che non ne vengono impediti. In questo titolo trattasi di coloro che sono impediti, cioè quelli che non partecipavano al dritto de' comizi (a) (§. 486).

§. 514. La fazione del testamento essendo *appo i Romani di dritto pubblico* (§. 486) *L.* 3, *D. qui test. fac. poss.*), ne segue che per dritto romano non potevano testare: 1.° i servi (*L.* 19, *D. eod.*); nè 2.° i prigionieri presso il nemico (§. 82 e segu.), i testamenti de' quali fatti nella prigionia non valevano ancorchè fossero ritornati (b) (*L.* 8, *pr. D. eod.* §. *ult. Inst. h. t.*); 3. nè gli stranieri o i deportati (§. 227) (*L.* 8, §. 1, *D. eod*).

§. 515. La fazione del testamento essendo stata accordata ai soli padri di famiglia (§. 487), 4.° i figli di famiglia non potevano nè testare, nè fare codicilli per legati o fedecommessi (*L.* 6 *e* 19, *D. qui test. fac. poss.*) (tutt' altro è da dirsi della donazione a causa di morte) (*L.* 25, § 1, *D. de mort. causs. donat.*), ancorchè i loro padri ce lo avessero permesso (*pr. Inst. h. t. d. L.* 6, *pr. D. eod.*); potevano testare de' soli beni castrensi e quasi-castrensi (478, 2.°); tanto è vero che il testamento di un padre di famiglia diveniva irrito per l' arrogazione, purchè non fosse stato militare (§. 5, *Inst. de mil. test.*); e il testamento di un figlio di famiglia non valeva ancorchè morisse dopo di esser divenuto padre di famiglia (*pr. Inst. h. t. d. L.* 19, *D. qui test. fac. poss.* (§. 514.*).

§. 516. Siccome il testamento è la legittima dichiarazione dell' ultima volontà (§. 490), non può esser fatto 5. da' furiosi, o da' dementi, purchè non abbiano qualche lucido intervallo (§. 1, *Inst. h. t.*); 6. nè da' prodighi essendo dalla legge risguardati come dementi co' quali han molta rassomiglianza (§. 269) (§. 2, *Inst. h. t. L.* 18, *pr. D. qui test. fac. poss.*), purchè non avessero testati pria di essere stati interdetti (d. §. 2, e d. L. 18, *pr. D. eod.*), e che non avessero saggiamente disposto della discen-

(a) Laonde anticamente le donne non potevano testare; le fu in seguito concessa una siffatta facoltà, ma coll' autorizzazione del tutore.

(b) Imperocchè i prigionieri di guerra consideravansi in una servitù legale (§. 82.). Per lo contrario testano valevolmente coloro che sono presi da' briganti (§. 91, 4.°) *L.* 13, *pr. D. qui test. fac. poss.* La ragione per la quale il testamento fatto nella prigionia rinvienai nella regola Catoniana, *L.* 1, *pr. D. de reg. Cat. L. pen. D. de reg. jur.*; risulta da ciò che il testamento fatto in patria avanti della prigionia è valevole pel dritto di *postliminio*, se il testatore ritorna (§. 348), e per la legge Cornelia se muore presso l' inimico, §. *ult. Inst. h. t. L.* 12, *D. qui test. fac. poss. L.* 16, e 18, *D. de capt. et postlim.*

lant, Nov. Leon. XXXIX. *quae non ubique recepta*; 7 *impuberes*, §. 1, Inst. h. t. L. 5, D. eod.

§. 517. *Quum praeterea vitium corporis saepe cum animi debilitate coniunctum sit, non possunt testari,* 8 *surdi et muti simul, nec quibus alterutrum vitium haeret, nisi vel lingua, vel scriptura voluntatem exponere possint*, L. 10, C. qui test. fac. poss. §. 3. Inst. h. t.

§. 518. *Quod impedimentum qum non obstet caecis, ii testari possunt, dummodo heredem nuncupent, et vel tabellionem, qui nuncupationem excipiat, praeter septem testes adhibeant, vel octavum testem, omnesque subscribant et signent.* L. 3, C. eod.

§. 519. *Denique in poenam quibusdam non permittitur facere testamentum, veluti* 9 *reis laesae maiestatis*, L. 5, C. ad leg. Iul. maiest; 10 *apostatis et haereticis improbis*, L. 3, C. de apostat. L. 4, §. 5, C. de haeret; 11 *incesto matrimonio pollutis, nisi legitimos instituant*, L. 6, et Auth. incest. C. de incest. nupt.; 12 *ob carmen famosum*, L. 18, §. 1, L. 26, D. qui test. fac. poss. L. 21, pr. D. de test. L. 5, §. 9 e 10. D. de injur.; *vel* 13 *capitis damnatis* (*a*), L. 8, §. ult. L. 13, §. ult. D. de qui test. fac. L. 6, §. 6, D. de iniust. rupt. irr. test.

TITULUS XIII.

De liberis exeredandis.

§. 520. *Hactenus de sollemnitatibus et requisitis testamentorum* externis: *sequitur INTERNA solemnitas* (§. 493), *id est, heredis institutio. Heredes ante omnes merito instituuntur liberi. Et quidem patria potestas olim tam late patuit, ut pater liberos nepotesque vel testamento praeterire, vel sine iusta caussa heredes scribere posset, LIV.* lib. 1, c. 34, *CIC.* de Orat. lib. 1, c. 38, L. 11, D. de liber. et posthum. *Deinde, quum hoc iure abuterentur parentes, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium*, L. 4, D. de inoffic. test.; *necessitatem leges imposuerunt parentibus, liberos vel instituendi, vel exheredandi; ita tamen, ut magnum esset discrimen inter* suos *et* emancipatos, *inter* legitimos *et* illegitimos, *inter* naturales *et*

(*a*) *Quamvis enim capitis damnati non amplius fiant servi poenae* (§. 83,*), *bonorum tamen pubblicatio non sublata, nisi in favorem propinquorum*, Nov. 134. cap. ult. *Itaque si propinqui exstant, nulla est capitis damnato testandi facultas. Sin desunt, bona pubblicantur. Usus tamen, maxime in Germania, haec principia deserit, et damnatis etiam testamenti factionem permittit.*

lenza secondo la Novella 39 di *Leone*, la quale non è ammessa in tutt' i luoghi; 7.° nè dagl' impuberi (§. 1, *Inst. h. t. L.* 5, *D. eod.*).

§. 517. Inoltre siccome un vizio del corpo è spesso congiunto a debolezza di mente, così non è permesso di testare, 8.° a' sordi-muti, nè tampoco a coloro che soffrono soltanto uno de'due prefati vizi, eccetto che non esprimessero la loro volontà in iscritto o a viva voce (*L.* 10, *Cod. qui test. fac. poss.* §. 3, *Inst.h.t.*).

§. 518. I ciechi non avendo questo impedimento possono testare, purchè facciano un testamento nuncupativo, o che chiamino un notajo che riceva la dichiarazione di loro ultima volontà, oltre i sette testimoni, v' intervenga l' ottavo testimone, e che tutti sottoscrivano il testamento e vi appongano il loro sigillo. (*L.* 3, *Cod. eod.*).

§. 519. Finalmente in pena è proibito testare ad alcune persone, come sono, 9 i rei di lesa-maestà (*L.* 5, *Cod. ad L. Jul. maiest.*); 10. gli apostati, gli eretici malvaggi (*L.* 3, *pr. Cod. de apostat. leg.* 4, §. 5, *Cod. de haeret.*); 11 gli sposi incestuosi, eccetto che non istituiscano de' figli legittimi (*L.* 6, *et Auth. incest. Cod. de inc. nup.*); 12 i condannati come autori di libelli diffamatori (*L.* 18, §. 1, *L.* 26, *D. qui test. fac. poss. L.* 21, *pr. D. de test. L.* 5, §. 9 *e* 10, *D. de injur.*); o 13. i condannati a pena capitale (*a*) (*L.* 8, §. *ult. L.* 13, §. *ult. D. qui test. fac. L.* 6, §. 6, *D. de injust. rupt. irr. test.*).

TITOLO XIII.

Della diredazione de' figli.

§. 520. Finora delle solennità e de' requisiti esterni de' testamenti; segue ora la solennità interna (§. 493), cioè l' instituzione dell' erede. Meritamente i figli s'istituiscono eredi in preferenza di tutti; intanto siccome la patria potestà anticamente era sì illimitata, che un padre poteva, nel suo testamento, preterire senza giusti motivi i figli e i nepoti (LIVIO, *lib.* 1, *cap.* 34, CIC. *de Orat. lib.* 1, *cap.* 38, *L.* 11, *D. de lib. et posth.*). I padri avendo dapoi abusato di un siffatto dritto col condannare ingiustamente il proprio sangue (*L.* 4, *D. de inoff. test.*), le leggi hanno obbligato i genitori d' istituire o di diredare i loro figli; di modo però che vi era molta differenza tra' *propri figli* e *quelli emancipati*, i *legittimi* e gl' *illegittimi*, tra'

(*a*) Imperocchè, sebbene i condannati a morte non divengano più servi di pena (§. 83,*), pur nondimeno la confiscazione de' loro beni è stata abrogata in favore de' loro parenti, *Nov.* 134, *cap. ult.* Laonde essendovi parenti il condannato alla pena capitale non ha facoltà di testare; se poi non ve ne sieno i loro beni vengono confiscati. L' uso intanto, sopratutto in Germania, discostasi da siffatti principi, e accorda altresì a' condannati la facoltà di testare.

adoptivos, *inter* filios *et* filias, *inter* liberos primi *et* ulteriorum graduum, *ac denique inter* natos *et* posthumos.

§. 521. Sui, naturales, filii, primi gradus, *aut instituendi, aut nominatim exheredandi erant, alioquin testamentum ipso iure NULLUM erat*, pr. Inst. de exher. lib. L. 30, D. de lib. et posthum.

§. 522. Suae, naturales, filiae *et liberi omnes* ulteriorum graduum, *exheredes scribi poterant inter ceteros, neque opus erat ut nominatim exheredarentur. Praeteriti quoque testamentum non infirmabant, sed ACCRESCEBANT suis institutis ad portionem virilem, extraneis ad partem dimidiam, ULP.* Fragm. tit. 22, §. 17, pr. Inst. h. t.

§. 523. Posthumi, *tanquam personae incertae, ne heredes quidem institui poterant*, §. 25, Inst. de legat. *tantum abest, ut nominatim exheredari debuerint. Sufficiebat ergo, eos praeteritos esse. Postea tamen invaluit, ut hi vel instituerentur, vel exheredarentur* (*a*), L. 10, D. de liber. et posth. §. 1, Inst. h. t. *et masculi quidem primi gradus nominatim, foeminae et nepotes inter ceteros, dum his pater aliquid legasset, ne praeteritae viderentur*, §. 1, Inst. h. t. *Alias testamentum, in quo praeteriti, agnascendo rumpebant*, §. 1, Inst. eod.

§. 524. Emancipatos *nec institui nec exheredari oportebat*, §. 3, Inst. de exh. lib. *Praetor tamen* (§. 65) *postea eis dedit bonorum possessionem contra tabulas nisi vel instituti, vel masculi nominatim, foeminae inter ceteros, exheredati essent*, d. §. 3, Inst. h. t. L. 6 et 7, D. de bon. poss. contr. tab.

§. 525. Illegitimi *iure praeteribantur a patre*; adoptivi *quamdiu in potestate patris adoptantis erant, eodem gaudebant*

(*a*) *Idque intelligendum non modo de posthumis veris, qui patre defuncto nascuntur*, L. 3, §. 1, D. de iniust. rupt. irr. test.; *verum etiam de quasi posthumis, quales sunt*: 1. *AQUILIANI, id est nepotes, praemortuo filio, post mortem avi nati, instituendi vel exheredandi ex formula AQUILII GALLI*, L. 29, D. de liber. et posthum.; 2 *VELLEIANI, id est nepotes, vivo testatore avo, praemortuo patre, nati, instituendi vel exeredandi ex legis IULIAE VELLEIAE capite I*, L. 29, §. 11 e 12. D. eod.; *nec non nepotes, qui ante testamentum avi nati in locum patris mortui avo sui heredes agnascuntur, instituendi vel exheredandi ex legis IULIAE VELLEIAE cap. II.* Lib. 29, §. 13 e 14. D. eod.; 3 *SALVIANI id est nepotes, qui post testamentum avi nati, mox patre decedente in eius locum succedunt, instituendi vel exheredandi ex sententia SALVII IULIANI*, L. 29, §. 15, D. eod.; 4 *CORNELIANI, qui ante captivitatem patris concepti, eodem capto, in civitate nati sunt*, Lib. 1 D. 5, de iniust. rupt. irr. test.

naturali e gli *adottivi*, tra' i *figli* e le *figlie*, tra' *figli di primo grado* e quelli di *gradi ulteriori*, finalmente tra *figli nati* e quelli *postumi*.

§. 521. *I figli propri*, *naturali* e que' di *primo grado* o dovevano essere istituiti, o nominatamente diredati, in contrario il testamento era *nullo* di pieno dritto (*pr. Inst. de exhered. lib. L.* 30, *D. de liber. et posth.*)

§. 522. Le *figlie proprie, naturali, le figlie e i figli tutti de' gradi ulteriori* potevansi diredare in massa (*inter ceteros*), nè ci era bisogno di esserlo nominatamente. I preterìti non infirmavano i testamenti, ma univansi agli eredi propri istituiti, prendendo con essi la porzione virile; e agli estranei prendendo la metà (ULP., *Fragm. tit.* 22, §. 17, *Inst. h. t.*).

§. 523. *I postumi*, come persone incerte, non potevano essere istituiti eredi (§. 25, *Inst. de legat.*), e perciò non faceva uopo diredarli nominatamente: bastava che fossero preterìti. In seguito nondimeno si stabilì che si dovessero istituire o diredare (*L.* 10, *D, de lib. et posth.* §. 1, *Inst. h. t.*), cioè i maschi di primo grado nominatamente, le donne e i nipoti in massa, purchè il padre legasse loro qualche cosa acciò non sembrassero preterìti (§. 1, *Inst. h. t.*); altrimenti, se venivano preterìti, annullavano il testamento coll' agnazione (a) (§. 1, *Inst. eod.*).

§. 524. In quanto agli *emancipati* non era uopo nè d' istituirli, nè di diredarli (§. 3, *Inst. de exh. lib.*). Il pretore nondimeno (§. 65) li accordò in seguito il possesso de' beni contro il testamento, eccetto che non fossero istituiti o diredati, i maschi nominatamente, le donne in massa (*D,* §. 3, *Inst. h. t. L.* 6 e 7, *D. de bon. poss. contr. tab.*).

§. 525. Gl' illegittimi potevano essere legittimamente dal padre preterìti; gli *adottivi* finchè erano sotto la potestà del loro padre adottivo, godevano degli stessi dritti de' figli *suoi* naturali

---

(a) Ciò debbesi intendere non solo de' veri postumi, cioè di quelli che nascono dopo la morte del padre, *L.* 3, §. 1, *D. de injust. rupt. irr. test.*, ma altresì de' *quasi-postumi*; come sono: 1. gli *Aquiliani*, cioè i nipoti, i quali, essendo premorto il loro padre, nacquero dopo la morte dell'avo, che doveva istituirli o diredarli secondo la formola di Aquilio Gallo, *L.* 29, *D. de lib. et posth.*; 2.° i *Velleiani*, cioè i nipoti nati dopo la morte del loro padre, ma vivente l' avo testatore che doveva parimenti istituirli o diredarli in vigore del primo capo della legge Giulia Velleja, *L.* 29, §. 11 *e* 12, *D. eod.*; così pure i nipoti, i quali nati prima del testamento dell' avo, dovevano essere istituiti o diredati in forza del secondo capo della prefata legge Giulia Velleja. *L.* 29, §. 13 *e* 14, *D. eod.*; 3.° i *Salviani* cioè i nipoti che nati dopo il testamento dell' avolo, e quindi morendo il loro padre, succedono in suo luogo, doveansi istituire o diredare in vigore del parere di Salvio Giuliano, *L.* 29, §. 15, *D. eod.* 4.° I *Corneliani* che, concepiti avanti la cattività di loro padre, il quale fatto prigione, sono nati in città, *L.* 15, *D. de injust. rupt. irr. test.*

iure ac sui naturales (§. 522) §. 4, Inst. h. t. L. 1, D. de adopt.; *emancipatis ne praetor quidem*, *nedum lex succurrebat* (§. 524) L. 4, D. si tab. test. null. ext.; *minus plene adoptati sui manebant patris naturalis*, *et patri adoptivo non nisi ab intestato succedebant* (§. 186).

§. 526. *Sed iure novo omnes liberi cuiuscumque sexus, sive nati, sive posthumi, vel instituendi vel nominatim exheredandi sunt*, §. 5, Inst. h. t. L. 4, C. de liber. praet. *Praeteriti enim a patre vel avo paterno, testamentum nullum reddunt; a matre vel avo materno, idem possunt rescindere*, Nov. CXV c. 3 *Emancipati contra illud petunt bonorum possessionem*, L. 4, C. de lib. praeter. *Quod et de adrogatis et plene adoptatis intelligendum, non de adoptatis ab extraneo* (§. 186) §. 5, Inst. h. t. L. penult. C. de adopt.

§. 527. *Eodem modo et reliquae personae, quibus portio legitima debetur, vel instituendae, vel exherendae. Sive enim praeteriti, sive exheredati iniuste, testamentum rescindunt adscendentes aeque ac liberi*, L. 14, D. de inoff. test. *LEGITIMA autem* est portio hereditatis, ex praescripto legum (*a*) certis personis relinquenda: *eaque debetur praeter: I liberis, II parentibus, et III fratribus, sororibusque germanis et consanguineis, eo casu si turpis iis persona praeferatur*, L. 27, C. de inoff. testam. Nov. CXV. c. 3 e 4, *et iure veteri fuit quarta portionis ab intestato debitae* §. ult. Inst. de querel inoff.; *postea, pro numero personarum, modo triens, si quatuor vel pauciores; modo semis si quinque vel plures essent*, Nov. XVIII. cap. 1.

§. 528. *EXEREDATIO est* a legitima haereditate exclusio, *eaque fieri debet: I nominatim, II pure, non sub conditione*, L. 3, §. 1, D. de liber. et posth. *III a tota hereditate*, L. 19, D. eod. *IV ab omnibus heredibus, et ab omni gradu*, L. 3, §. 2, 3 e 6, D. eod. *V ex iusta caussa, in testamento exprimenda.* (*b*) Nov. CXV. cap. 3, pr.

§. 529. *Iustae caussae, ob quas LIBERI exheredes scribi possunt, sunt quatuordecim, puta: 1 si pater gravi iniuria lacessitus; 2 si manus ei illatae; 3 si insidiae vitae structae; 4 si ex delatione filii damnum illatum; 5 si filius cum malefi-*

(*a*) *Vel saltim earum ratione. Verosimillimum enim est, hanc portionem legitimam introductam esse interpretatione legis FALCIDAE*, L. 8, §. 8 e 9. D. de inoff. testam. L. 21, C. fam. tit.

(*b*) *Si liberi vel parentes exheredes scripti ex caussa iniusta, et* Nov. 115, *non probata, testamentum fit nullum. Sin ex iusta quidem caussa et testamento expressa, sed non vera, liberi et parentes exheredati illud rescindunt querela inofficiosi*, Nov. 115 cap. 3, §. ult. cap. 4, §. ult. (*Conf. ULR. HUBER.* Praelect. ad Inst. l. 2, tit. 13, §. 13).

(§. 522) (§. 4, *Inst. h. t. L.* 1, *D. de adop.*); emancipati poi nè il pretore, nè la legge li prestava soccorso alcuno (§.524) (*L.* 4, *D. si tab. test. null. ext.*); gli adottati con adozione imperfetta restavano eredi suoi del loro padre naturale, e a quello adottivo succedevano soltanto *ab intestato* (§. 186).

§. 526. Ma pel dritto nuovo tutt' i figli di qualunque sesso, nati o postumi, debbono essere istituiti eredi o diredati nominatamente (§, 5, *Inst. h. t. L.* 4, *C. de lib. praet.*). Imperocchè preteriti dal padre o dall' avolo paterno rendono nullo il testamento; se poi lo sono dalla madre o dall' avolo materno possono farlo rescindere (*Nov.* 115, *cap.* 3). Gli emancipati chieggono il possesso de' beni contro il testamento (*L.* 4, *Cod. de lib. praet.*). Ciò deesi intendere de' figli arrogati e pienamente adottati e non di quelli adottati dall' estraneo (§. 186) (§. 5, *Inst. h. t. L. pen. Cod. de adopt.*).

§. 527. Similmente le altre persone cui è dovuto la legittima debbono essere istituite o diredate. Imperocchè gli ascendenti del pari che i figli qualora sieno ingiustamente diredati o preteriti rescindono il testamento (*L.*14, *D.h.t.*). La **LEGITTIMA** *poi è una porzione dell'eredità che la legge (a) prescrive doversi lasciare a certe date persone.* La stessa è dovuta: 1.° a' figli; 2.° agli ascendenti; 3.° a' fratelli e sorelle germani, e consanguinei, in caso che li venga preferita una persona infame (*L.* 27, *Cod. de inoff. test. Nov.* 115, *cap.* 3 e 4.). Per dritto antico era la quarta della quota dovuta *ab intestato* (§. *ult. Inst. de quer. inoff.*). In seguito è stata regolata a norma del numero delle persone, cioè al terzo se il numero delle persone fossero quattro o meno di quattro; alla metà se fossero cinque o più di questo numero (*Nov.* 18, *cap.* 1.).

§. 528. La **DIREDAZIONE** *è l' esclusione dall' eredità legittima*: 1.° dee esser fatta nominatamente; 2.° puramente e non sotto condizione (*L.* 3, §. 1, *D. de lib. et posth.*); 3.° da tutta l' eredità (*L.* 19, *D. eod.*); 4.° di tutti gli eredi, e di ogni grado (*L.* 3, §. 2, 3 e 6, *D. eod.*); 5.° per una giusta causa da dover essere espressa nel testamento (*b*) *Nov.* 115, *cap.* 3, *pr.*).

§. 529. Le giuste cause per le quali i figli possono essere diredati sono quattordici, cioè: 1.° se il padre ha ricevuto da suo figlio una grave ingiuria; 2.° se lo ha battuto; 3.° se ha attentato alla sua vita; 4.° se ha sofferto grave danno per denuncia del figlio; 5.° se il figlio ha familiarità cogli avvelenatori (*me-*

(*a*) Almeno secondo il loro spirito; avvegnachè è molto verisimile che questa legittima sia stata introdotta dall' interpetrazione della legge Falcidia *L.* 8, §. 8 *e*. 9, *D. de inoff. test. L.* 21, *C. fam. erc.*

(*b*) Se i figli o gli ascendenti vengano diredati per giusta causa ma non provata il testamento è nullo. *Nov.* 115. Se poi per giusta causa ed espressa nel testamento, ma non vera, i figli o gli ascendenti diredati fanno rescindere il testamento colla querela d' inofficiosità, *Nov.* 115, *cap.* 3, §. *ult. cap.* 4, §. *ult.*, Veggasi **HUBER** *Praed. ad Inst. lib.* 2, *tit.* 13, §. 13.

cis (μετὰ φαρμακῶν) versatus, ceu maleficus; 6 si patrem testari prohibuerit; 7 si patrem furiosum neglexerit; 8 si captum ab hoste non redemerit: 9 si filius factus haereticus talis, qui quatuor priores synodos oecumenicas rejiciat; 10 si patrem accuset capitalis criminis, excepto crimine maiestatis; 11 si cum noverca vel patris concubina rem habuerit; 12 si mimos invito patre sequatur; 13 si patrem carceri inclusum fideiussione liberare nolit (a); 14 si filia minorennis, quam pater, dote oblata, elocare voluit, corpore quaestum faciat Nov. CXV. cap. 3.

§. 530. *Ita et PARENTES ex octo caussis iuste exheredantur: 1 si capitis accusarint liberos; 2 si insidiati sant vitae liberorum; 3 ob stuprum nurui vel concubinae filii illatum; 4 si testari liberos prohibuerint; 5 si non redemerint captivos; 6 si furiosos neglexerint; 7 ob haeresim; 8 si pater matri, vel haec patri venenum praebuerit*, Nov. CXV. cap. 4.

§. 531. *FRATER SORORVE, fratres sororesve etiam germanos et consanguineos testamento praeterire potest, nisi turpem instituat personam* (§. 527.). *Eo enim casu illos aut instituere, aut exheredare tenetur. Et exheredationis quidem tunc tres proditae sunt caussae, si frater vel soror: aut 1 vitae insidias, aut 2 criminis accusationem, aut 3 bonis iacturam inferre sit ausus* Nov. XXII cap. 47.

§. 532. *Quamvis vero hae causae aliis diversi generis augeri nequeant*, Nov. CXV. cap. 3 *non excluduntur tamen similes, vel atrociores in eodem genere, ULR. HUBUR* Prael. ad Inst. h. t. §. 20, seq.; *Conf.* Elem. iur. Germ. l. 2, t. 8, §. 202, seq.)

TITULUS XIV.

De Heredibus instituendis.

§. 533. *Heredis institutio est sollemnitas interna testamenti, sine qua illud subsistere nequit* (§. 493.). *Quumque liberis, parentibus, fratribus, sororibusve non exstantibus, vel iuste exheredatis illis aut praeteritis, unusquisque possit heres scribi; hinc de ea heredis institutione agitur hoc titulo.*

§. 534. *HERES est* successor in universum ius quod defunctus habuit L. 24, D. de verb. sing. L. 62, D. de reg. iur.

§. 535. *Ex quo sequitur, ut qui tempore testamenti facti*,

(a) *Haec caussa, aeque ac decima, ad solos filios pertinet, quia filiae tanquam mulieres, nec interdicere pro alio possunt, nec accusare*, L. 2, §. 1 e 2 D. ad Sc. Velleian. L. 8, D. d. accusat.

ta pharmakôn) come uno de' loro soci ; 6.° se ha impedito al padre di testare ; 7.° se demente l'ha abbandonato ; 8.° se fatto prigioniero non lo riscatta ; 9.° se il figlio divenuto eretico nega i quattro concili ecumenici ; 10.° se accusa suo padre di delitto capitale , eccetto quello di lesa majestà ; 11.° se ha commercio colla madrigna o la concubina di suo padre ; 12.° se segue i mimi a dispetto di suo padre ; 13.° se non vuole cauzionare il padre per liberarlo dal carcere (*a*); 14.° se la figlia minore ricusando maritarsi colla dote offertale si abbandona alla pubblica prostituzione (*Nov.* 115 , *cap.* 3.).

§. 530. Del pari vengono i genitori giustamente diredati per otto cause : 1.° se abbiano accusati i loro figli di delitto capitale; 2.° se abbiano insidiato la vita de'loro figli ; 3.° se il padre abbia commercio colla moglie o la concubina del figlio : 4.° se abbiano impedito a'figli di testare, 5.° se non li abbiano liberati dalla cattività; 6.° se abbiano abbandonato i figli nello stato di demenza; 7.° se i genitori sieno eretici ; 8.° se il padre abbia propinato il veleno alla madre e questa al padre (*Nov.* 115, *cap.* 4.).

§. 531. Il fratello o la sorella possono preterire ne' loro testamenti i loro fratelli o sorelle germani o consanguinei , purchè non abbiano istituito una persona turpe (§. 527) ; imperocchè in siffatto caso sono tenuti d' istituirli o diredarli ; e allora vi sono tre cause di diredazione: 1.° se il fratello o la sorella abbia attentato alla vita del testatore ; o 2.° se l' abbia accusato di qualche delitto; 3.° se abbia prodotto danni di gran rilievo a'suoi beni (*Nov.* 2 , *cap.* 47.).

§. 532. Benchè non sia permesso alle prefate cause di diredazione l' aggiungerne altre di diverso genere (*Nov.*115, *cap*, 3) , nondimeno ciò non esclude di ammettervi delle altre consimili, o più gravi nello stesso genere (HUBER *Prael.Inst.h. t.* §. 10; *e segu*,).

TITOLO XIV.

Della istituzione dell' erede.

§. 533. L' instituzione dell' erede è la solennità interna del testamento , senza la quale non può sussistere (§. 493); e siccome non esistenti nè figli , nè ascendenti , nè fratelli , nè sorelle , o che venendo legalmente diredati o preteriti , si può istituire qualunque altra persona : ecco perchè in questo titolo trattasi dell' istituzione dell' erede.

§. 535. *L' erede è il successore in tutt' i dritti del defunto* (*L.* 24 , *D. de verb. sign. L.* 62 , *D. de reg. jur.*).

§. 535. Dal che risulta che chi nel tempo della formazione

(*a*) Questa causa , al pari della decima, è relativa a' soli figli , perchè le figlie come donne non possono prestar cauzione , nè accusare , *L.* 2 , §. 1 , e 2 , *D. ad SC. Vell. L.* 8 , *D. de accusat.*

mortis testatoris, et aditionis, ejus conditionis est L. 49, §. 1, D. h. t. §. 4, Inst. de hered. qual. et differ., *ut in universum ius civis romani succedere possit, is et heres possit institui, adeoque cum eo sit testamenti factio.*

§. 536. *Heredes ergo institui possunt:* 1 *tam servi, quam liberi; et servi quidem alieni ex persona dominorum, etiam sine libertate, quia hereditatem adquirunt dominis iubentibus* (a) (§. 470. 1); *proprii cum libertate, quam tamen datam esse, ex ipsa institutione praesumitur*, pr. Inst. h. t. L. pen. C. de serv. necess. her. instit.

§. 537. *Institui possunt* 2 *cives, non peregrini*, L. 6, §. 2, D. h. t. *CIC.* pro Caecin. cap. 35, *adeoque nec maximam mediamve passi capitis deminutionem* L. 1, C. h. t., *quamvis et peregrinos hoc beneficio ornasse dicatur FRIDERICUS Imper.* Auth. omnes peregrini C. comm. success. *quae tamen de activa tantum testamenti factione agere, et iuri albinagii opposita videtur.*

§. 538. *Institui etiam possunt* 3 *personae incertae (quas iure antiquo non potuisse, iam* §. 523 *observavimus), modo eventu vel alia ratione, certae fieri possint*, §. 26 e 27, Inst. de legat. *adeoque et* 4 *pauperes*, L. 24, C. de Episc. et Cleric; 5 *Ecclesiae*, L. 1, C. de Ss. Eccles.; 6 *civitates*, L. 26, D. ad SC. Trebell. L. 122, D. de legat. 1; 7 *collegia corporaque licita*, L. 12, C. h. t. L. 1 §., 15, ad SC. Trebell. *Quae omnia contra rationes iuris antiqui sensim recepta.* (b)

§. 539. *In poenam tamen quibusdam ius hereditatem ca-*

(a) *Sed quid, si servus institutus hereditarius, nondum adita hereditate? Tunc hereditas iacens defuncti vicem sustinet* L. 32, §. 1, L. 52, D. et §. 2, Inst. h. t. (§. 329).

(b) *Nimirum iure antiquo nec personae incertae, nec municipia, nec municepes, institui poterant, quia corpus videbatur incertum, ut nec cernere universi, nec pro herede gerere possent, ULPIAN.* Fragm, tit. 22 §. 4, seq. Quae *ratio et Diis heredibus institutis, et collegiis quadrabat, Id.* ib. §. 6. *Postea SC. concessum, ut mancipia a libertis institui possent, nec non ut fideicommissa caperent, ULP.* ib. n. 5, L. 26, D. ad SC. Trebell. *Diis quoque quibusdam ridiculo SC. ius trium liberorum datum, ut heredes institui possent, DION. CASS.* l. 15 princ. *ULPIAN.* ib. §. 6. *Denique et civitatibus, et collegiis licitis ius capiendi hereditates datum*, L. 12, C. de hered. instit., *et ipsis Ecclesiis a CONSTANTINO M. EUSEB.* Hist. l. 16, c. 5, Lib, 2, C. de Ss. Eccl. §. 4, C. Th. de Episc. Eccl. lib. 16, tit. 2, *ubi Conf. GOTHOFR.* Commen. pag. 24, tom. 6.

del testamento, della morte del testatore, e dell' adizione dell' eredità (*L.* 49, §. 1, *D. h. t.* §. 4, *Inst. de haered. qualit. et differ.*) abbia delle qualità da poter succedere a tutt' i dritti di cittadino romano, possa essere istituito erede, e per conseguenza sia col medesimo la fazione del testamento.

§. 536. Possonsi dunque istituire eredi: 1.° tanto i servi quanto gli uomini liberi; come pure i servi altrui per le persone de'loro padroni, anche senza accordarli la libertà, perchè acquistano l'eredità per ordine de'loro padroni (*a*) (§. 470, 1.°); non che i servi propri dando loro la libertà che si presume concessa mercè l'stituzione dell' erede (*Pr. Inst. h. t. L. pen. Cod. de serv. necess. her. inst.*).

§. 537. Possonsi istituire 2.° i cittadini, non gli stranieri (*L.* 6, §. 2, *D. h. t.* CIC. *pro Caecin. cap.* 35), nè coloro che hanno sofferto il massimo o il medio cangiamento di stato (*L.* 1, *Cod. h. t.*); benchè si dica che l'imperadore Federico abbia concesso siffatto favore agli stranieri in forza dell' *Anth. omnes peregrini C. comm. success.*, la quale però sembra relativa soltanto alla formazione *attiva* del testamento, e opposta al dritto dell' albinaggio.

§. 538. Possonsi istituire altresì 3.° le persone incerte (ciò che non permetteva l' antico dritto siccome l' abbiamo osservato al §. 523, purchè per qualche avvenimento o altre cagioni possono addivenire certe (§. 26 e 27, *Inst. de leg.*), e per conseguenza anche 4.° i poveri (*L.* 24, *Cod. de episc. et cleric.*); 5.° le Chiese (*L.* 1, *C. de SS. eccl.*); 6.° le città (*L.* 26, *D. ad SC. Trebell. L.* 122, *D. de leg.*); 7.° i collegi e le corporazioni lecite (*L.* 12, *Cod. h. t. L.* 1, §. 15, *D. ad SC.* Trebell.). Le quali cose furono a poco a poco introdotte contro le disposizioni dell' antico dritto (*b*).

§. 539. Viene a certuni per punizione negato il dritto di

(*a*) *Quid* se si è istituito il servo ereditario prima di adire l' eredità? In tal caso l' eredità giacente rappresenta il defunto, *L.* 32, §. 1, *L.* 52, *D.* e §. 2, *Inst. h. t.* §. 329.

(*b*) In fatti per dritto antico non si potevano istituire nè le persone incerte, nè le città municipali, nè i magistrati municipali, perchè risguardavansi come corpi incerti, perchè non potevano deliberare, nè far atti da erede, ULP. *Fragm. tit.* 22, §. 4, *sequ.* Siffatta ragione applicavasi altresì agli Dei e a' collegi istituiti, ULP. ivi §. 6. Posteriormente con un senato-consulto fu accordato che le città municipali potessero essere istituite da' loro liberti, e ricevere i fedecommessi, ULP. *ivi* §. 5, *L.* 26, *D. ad SC. Trebell.* Un senato-consulto ridicolo accordò altresì a certe Deità il dritto di tre figli onde renderle atte ad essere istituite eredi, DIONE CASSIO, *lib.* 15, nel principio, ULP. *ivi* §. 9. Finalmente fu concesso alle città e alle corporazioni lecite il dritto di ricevere le successioni, *L.* 12, *Cod. de her. inst.* e altresì alle Chiese da Costantino. Veggasi EUSEBIO, *Istoria eccl. lib.* 16, *cap.* 5, *L.* 2, *C. de SS. eccl. L.* 4, *Cod. Theod. de episcop. et cleric. lib.* 16, *tit.* 2; e i *Commentari* di GOTOFREDO, p. 24, tom. 6.

essere eredi o SEMPLICEMENTE o SOTTO CERTI RISPETTI. SEMPLICEMENTE decadono dall'eredità lasciata: 1.° i figli de' rei di lesa-majestà (*L.* 5, §. 1, *Cod. ad L. Jul. Majest.*); 2.° gli apostati (*L.* 3, *Cod. de Apost.*); gli eretici (*L.* 4 e 5, *Cod. de haeret.*); 4.° la nazione giudiaca (*L.* 1, *Cod. de Jud.*); 5.° le corporazioni illecite (*L.* 8, e 12, *Cod. h. t.*).

§. 540. Sotto certi rispetti non si può istituire erede: 1.° il principe in una eredità litigiosa (§. *ult. Inst. quib. mod. testam. infirm.*); nè 2.° il consorte, che passando a seconde nozze, non può lasciare al secondo consorte più di quel tanto che verrebbe a spettare a uno de' figli del primo matrimonio (*L.*6, *Cod. de secund. nupt.*); inoltre 3.° i genitori e i figli incestuosi non possonsi scambievolmente istituire (*L.* 3; *Cod. de incest. nupt.*; *Auth. ex complexu Cod. eod.*); 4.° i figli naturali non possono succedere nelle totalità dell'asse paterno, che in mancanza di figli legittimi e di ascendenti (*L.* 1 e 2, *Cod. de nat. lib. Nov.* 82, *cap.* 12).

§. 541. L'eredità, al pari delle altre cose, che formano un tutto dicesi da'giureconsulti ASSE; e questo dividesi in dodici once (*b*). Quindi un oncia o un *dodicesimo*, dicevasi *uncia*; due once, o due dodicesimi (*sextans*); tre once o tre dodicesimi (*triens*); quattr' once o quattro dodicesimi (*quadrans*); cinque once o cinque dodicisimi (*quincunx*); sei once o sei dodicesimi (*semis*); sette once o sette dodicesimi (*septunx*); otto once o otto dodicesimi (bes); nove once o nove dodicesimi (*dodrans*); dieci once o dieci dodicesimi (*decunx* o *dextans*); undici once o undici dodicesimi (*deunx*). Il testatore intanto può seguire la divisione naturale o dividere l'asse in tante once che gli piacerà (*L.* 47, §. 1, *L.* 81, *pr. D. de her. Inst.* §. 5, *Inst. h. t.*).

§. 542. Non potendo alcuno morire in parte *testato* ed in parte *ab intestato* (§. 491, 3.°), ne segue 3.° che bisogni dividere l'eredità in modo che non resti cosa alcuna dalla totalità dell'asse.

§. 543. Dal che ne risulta: 1.° che se un erede sia istituito solo senza coerede per la metà o per una cosa determinata (*a*) riceve la totalità dell'asse (*L.* 1, §. 4, *D. de hered. inst.*);

(*b*) L'oncia istessa ha le sue divisioni; imperocchè la metà dell'oncia dicesi *semuncia*; la sua quarta parte *sicilicum*, *L.* 21, §. 2, *D. de ann. leg.*; un'antica glossa dice *sicilicum*, o *unkias tètarton*; la sesta parte dicesi *sextula*, la vigesimaquarta *scriptulum* e la metà di essa *simplicum*. Il doppio asse dicesi *dupondium*; tre assi *tripondium*. Quindi il *dupondium* è di ventiquattr' once, e 'l *tripondium* di trentasei. Veggonsi i trattati di VOLUS. MOECINI e BALBO sull' *asse*.

(*a*) Imperocchè se l'erede abbia il coerede, colui che è istituito per una cosa determinata è risguardato come il legatario, *L.* 13, *Cod. h. t.* Ma se fossero molti gl'istituiti in una cosa determinata, ciascuno avrà una porzione eguale, benchè il testatore avesse loro assegnato cose di valore ineguale, *L.* 9, §. 13, *D. h. t.* Ma intanto ciascuno prenderà la cosa determinata, come legata per antiparte, *L.*35, *pr.* §1, *D. de hered. inst.*

institutis coheredibus nullae partes adscriptae sint, *hereditas inter eos aequis partibus dividatur*, §. 6, Inst. h. t. L. 9, §. 12, D. de her. inst.; *ita tamen*, *ut personae plures coniunctae pro una habeantur*, L. 11 et 13, pr. D. h. t.; 3 *ut*, *si in asse aliquid supersit*, *id singulis pro rata accrescat*; 4 *sique plures unciae factae*, *istae*, *quae assem excedunt*, *singulis pro rata decrescant*, §. 7, Inst. h t.; 5 *ut*, *si parte in quorumdam personis expressae*, *in aliorum non expressae*, *hi*, *qui sine parte scripti sunt*, *vacantem portionem capiant*, *vel*, *si nihil supersit*, *ex asse fiat dupondium*, *vel*, *si dupondium exhaustum*, tripondium (§. 541, *) *nisi testator addiderit*; ex reliqua parte Titius heres esto. *Eo enim casu*, *exhausto asse*, *Titius nihil capit.* L. 17, §. 3, D. §. 6 e 8, Inst. h. t. L. 18, D. h. t.

§. 544. *Ex eodem principio fluit*: 6 *posse quidem heredem institui vel PURE*, *vel sub CONDITIONE*: *ast non in diem*, *vel ex die. Unde dies adpositus pro non scripto habetur*, *nisi incertum*, *an exstiturus sit*, *quia tunc dies loco conditionis est* (*a*) §. 9, Inst. h. t. L. 75., D. de condit. et demonstr.

§. 545. *CONDITIO est* περίστασις circumstantia *a qua actus suspenditur*, *tanquam ab incerto eventu* (*b*): *eamque doctores*, *licet parum accurate*, *in POSSIBILEM et IMPOSSIBILEM* (*c*), *et illam iterum in POTESTATIVAM*, *CAUSALEM*, *et MIXTAM dividunt.*

§. 546. *POTESTATIVAM vocant*, quae est in heredis potestate, *V. C.* si Romam ibit, vel non ibit (*d*); *CASUALEM*,

---

(*a*) *Si incertum sit*, *an sit exstiturus. Sin eum exstiturum certum est*, *incertum*, *quando*: *non nisi eo casu pro conditione est*, *si adscriptus sit extraneo*, *non si ipsi heredi*, L. 6, *Cod. de haered. inst.* L. 1, §. 2, L. 79. pr. §. 1, D. de condit. et demonstr.

(*b*) *Ergo conditio in praeteritum vel praesens collata proprie non est conditio*, L. 10, §. 1, D. de condit. Inst. L. 120. D. et §. 4, Inst. de verb. oblig. *Unde nec hereditatem suspendit*, *sed vel infirmat*, *vel statim defert*, *prout conditio vel exstitisse intelligitur*, *vel non intelligitur.*

(*c*) *Impossibili enim conditioni vix adplicari potest definitio conditionis*, *quia semper certum est eam non exstituram. Unde VOET. in* Elem. iur. h. t. §. 8, *vocabulum conditionis hic paulo latius accipi observat.*

(*d*) *Ea ergo in affirmativam et negativam dividitur. Ast haec hereditatem non suspendit*, *sed statim illam adire potest heres*, *modo caveat*, *se contra conditionem non facturum. Quae est cautio Muciana*, *de qua* L. 7, pr. D. de condit. et demonstr. (*Vide infra* §. 737 *).

2.° che se vengano istituiti più eredi senza che a ciascuno venga determinata la sua quota, l'eredità verrà tra essi egualmente divisa (§. 6 , *Inst. h. t. L.* 9 , §. 12 , *D. de haered. inst.*); di guisa però che più persone congiunte risguarderannosi come una sola (*L.* 11 e 13, *pr. D. h. t.*); 3.° che se dell' asse resti qualche cosa si accrescerà a ciascuno *pro rata* ; 4.° che se ci sieno più di dodici once quelli ch' eccedono l' asse decresceranno anche *pro rata* (§ 7, *Inst. h. t.*) ; 5.° che se sieno specificate le quote di alcuni eredi, e di altri no, i chiamati senza quota determinata avranno il restante dell' asse ; e se nulla vi resti si farà il *dupendio* (cioè dividerassi l'eredità in 24 once) (§.541,*), e se questo dupendio venisse assorbito dalle quote determinate si darà luogo al *tripendio* , purchè il testatore non avesse soggiunto: *Tizio sia l' erede della quota residua*; nel qual caso esaurito l' asse , Tizio non avrebbe nulla (*L.* 17 , §. 3 , *D. h. t.* §. 6 e 8 , *Inst. h. t.* e *L.* 18 , *D. h. t.*).

§. 544. Dallo stesso principio risulta 6.° che si possa istituire un erede o PURAMENTE o sotto CONDIZIONE , ma non sino a un determinato tempo , o da un giorno determinato. Laonde il giorno apposto si ha come non scritto , purchè non sia incerto se sarà per esistere, perchè in tal caso il giorno sta in luogo di condizione (*a*) (§. 9 , *Inst. h. t. L.* 75, *D. de condit. et de monstr.*).

§. 545. La CONDIZIONE è una circostanza da cui vien sospeso l' atto come da un avvenimento incerto (*b*). I giureconsulti benchè inesattamente, dividono le condizioni in POSSIBILI e IMPOSSIBILI (*c*) ; e le prime in POTESTATIVE, CAUSALI e MISTE.

§. 546. Dicesi POTESTATIVA *quella ch' è in potere dell' erede* : a cagion di esempio, *se anderà in Roma* , *o non ci anderà* (*d*), la CAUSALE *è quella che dipende dal destino* che

---

(*a*) Se sia incerto che debba avvenire. Ma se l' avvenimento è sicuro , benchè l' epoca sia incerta , allora soltanto si avrà per condizione, quando si apponga all' estraneo , non già allo stesso erede, (*L.* 9, *Cod. de haered. inst. L.* 1 , §. 2, *L.* 79 , *pr.* e §. 1 , *D. de cond. et dom.*).

(*b*) La condizione dunque che risguarda il passato , o il presente non è vera condizione , *L.* 10 , §. 1 , *D. de cond. inst. L.* 120 , *D.* e §. 4, *Inst. de verb. obl.* Quindi siffatta condizione non sospende l' eredità , ma o l' infirma o la deferisce all' istante , secondo che conoscesi che la condizione ha avuto luogo o pur no.

(*c*) Imperocchè alla condizione impossibile è appena applicabile la definizione della condizione , perchè è sempre certo che non esisterà. VOET, *Elem. Jur. h. t.* osserva che il termine *condizione* è qui preso in senso troppo esteso.

(*d*) Dividesi dunque in *affirmativa* e *negativa* ; quest' ultima non sospende l' eredità , ma all' istante l' erede può raccoglierla , purchè dia cauzione che non farà nulla contro la condizione. Siffatta condizione dicesi *Cauzione Muciana* , di cui parla la legge *L. Pr.*7 *D. de cond. et dom.* (Veg. §. 637.).

quae a fato pendet, cuius lege immobilis rerum humanarum ordo feritur, *V. C.* si consul eligetur; *MIXTAM*, quae partim ab arbitrio heredis, partim a fato, pendet: *veluti*, si Maevio consule Romam iverit, L. 13, D. de adquir. her. L. un. §. 7, C. de cad. toll.

§. 547. *IMPOSSIBILIS est conditio vel NATURA, V. C.* si flumen ebiberit, *vel LEGE, quae id fieri non patitur, V. C.* si Maevium occiderit: *vel BONIS MORIBUS, quibus conditio repugnat, V. C.* si nudus in foro saltarit: *vel PERPLEXITATE VERBORUM, si verba inter se ita pugnant, ut conditio exitum invenire nequeat, e. g.* si Seius heres erit, Titius heres esto; sin Titius, Seius heres esto.

§. 548. *De illis observandae regulae: I Conditio heredi suo adscribi nequit, nisi potestativa* L. ult. D. de condit. Inst. L. 4, pr. L. 5, 6, et 86, D. h. t. *II Conditiones possibiles qualescunque extraneo adscriptae implendae sunt, et quidem omnes, si copulative; alterutra, si disiunctive adscriptae sint; alias heredis institutto et legatum evanescit*, L. 5, D. de condit. Inst. *III Si simul in arbitrium alterius collata conditio, et per heredem non steterit quo minus impleatur, ea pro impleta habetur*, L. 3 et 23, D. eod. L. 5, §. 5, D. quand. dies legat. ced. L. 161, D. de reg. iur.

§. 549. *De his similiter observandae regulae. IV Conditio impossibilis, sive natura, sive lege et moribus talis, pro non scripta habetur* (*a*), L. 1, et 20, pr. D. de cond. Inst. L. 35, D. h. t. *V Conditio perplexa istitutionem reddit inutilem*, L. 16 D. de condit. Inst. L. 188, D. de reg. iur., *non praepostera* L. 25, C. de testam. (§. 869) *VI Heres, ante conditionem existentem defunctus, hereditatem ad heredes non transmittit: quod et de legatario observandum*, L. 4, pr. D. quando dies legat. ced. L. un. §. 7, de caduc. toll. *Aliud. de contractibus infra observabimus* (§. 833.)

(*a*) *Aliud in contractibus, quos conditio impossibilis qualicumque vitiat*, §. 10, Inst. de inut. stip. L. 31, D. d. oblig. et act. *Ratio discriminis non obscura est. Contrahentes enim, dum in conditionem impossibilem consentiunt, aut jocuri videntur, aut insanire. Heres autem in conditionem huiusmodi non consensit; et tamen testator, dum testamentum condidit, voluisse censetur ut voluntas exitum haberet.*

regola invariabilmente l'ordine delle cose umane: a cagion di esempio: *se verrà eletto console*; la MISTA è *quella che dipende in parte dalla volontà dell' erede, e in parte dell'azzardo*, a cagion di esempio: *se anderà e Roma sotto il consolato di Mevio*) *L.* 13, *D. de adquir. haered L. un.* §. 7, *Cod. de cad. toll.*).

§. 547. La condizione è IMPOSSIBILE o per NATURA, per esempio, se *beverà tutto un fiume*; o per LEGGE che vieta l'eseguire una cosa, per esempio: *se ammazzerà Mevio*; o perchè CONTRARIA A' BUONI COSTUMI, per esempio: *se ballerà nudo nella pubblica piazza*; o per AMBIGUITA' DE' TERMINI, cioè se sono talmente opposti tra loro che la condizione non si possa avverare, per esempio; *se Sejo sarà erede, Tizio sia mio erede, e se Tizio sarà erede, sia erede Sejo.*

§. 548. Sulle condizioni possibili fa uopo osservare le seguenti regole: 1.° che all'erede necessario non si possa imporre altra condizione, fuorchè la potestativa (*L. ult. D. de cond. inst. L.* 4, *pr. L.* 5, 6 e 86, *D. h. t.*); 2.° le condizioni possibili qualunque sieno, imposte a un erede straniero, debbonsi tutte adempire, se sono *copulative*; l'una o l'altra se sono *disgiuntive*: altrimenti e l'istituzione dell'erede e il legato sono caduchi (*L.* 5, *D. de cond. inst.*); 3.° se la condizione apposta viene rimessa all'arbitrio di un terzo, e che non mancò dall'erede l'essere adempiuta, si ha come avverata (*L.* 3 e 23, *D. eod. L.* 5, §. 5, *quando dies leg. ced. L.* 161, *D. de reg. jur.*).

§. 549. Sulle condizioni impossibili fa uopo similmente osservare, 4.° che una condizione impossibile per natura, o per legge o per costumi, reputasi come non scritta (*a*)(*L.* 1 e 20, *pr. D. de cond. Inst. L.* 35, *D. h. t.*); 5.° una condizione perplessa rende inutile o caduca l'istituzione (*L.* 16, *D. de cond. inst. L.* 188, *D. de reg. jur.*), ma non già *prepostera* (*L.* 25, *Cod. de testam.*) (§. 869); 6.° l'erede morto pria che la condizione si avveri non trasmette l'eredità a suoi eredi, il che deesi egualmente intendere del legatario (*L.* 4, *pr. D. quando dies leg. ced. L. un.* §. 7, *Cod. de cad. toll.*). Vedremo in appresso che osservasi tutt'altro relativamente a'contratti (§. 824, 4.°).

(*a*) Tutt' altro è ne' contratti, che vengono viziati da qualunque condizione impossibile, §. 10, *Inst. de inut. stip. L.* 31, *D. de obl. et act.* La ragione della differenza n' è chiara; imperocchè i contraenti, allorchè acconsentono ad una condizione impossibile, o sembrano burlarsi; o pure sono matti; ma l'erede non ha acconsentito ad una simile condizione, e intanto il testatore scrivendo il suo testamento, presumesi che abbia voluto che la sua volontà avesse un effetto.

TITULUS XV.

De Vulgari Substitutione.

§. 550 *Quum heres succederet in omne ius defuncti* (§.534), *adeoque et omne aes alienum solvere teneretur* : 1 *facile contigebat*, *ut institutus heres adire nollet. Nec minus saepe eveniebat*, *ut heres vel ante testatorem mortuus*, *vel capitis deminutionem passus*, *adire non posset*, *et sic quoque testamentum fieret destitutum* (§. 577.). *Denique saepe parentes, qui liberos impuberes, vel dementes instituerant*, *verebantur*, *ne hi*, *intra pubertatem properante fato extincti*, *vel furore non remittente*, *intestati decederent. Eum ergo in finem repertae sunt SUBSTITUTIONES*, *ne vel destitueretur testamentum*, *vel impubes demensve filius intestatus decederet.*

§. 551. *SUBSTITUTIO vero est* institutio heredis secundi *tertii*, *quarti*, *etc.*, in locum deficientis primi, L. 1, pr. L. 36, pr. L. 43, §. 2, D. de vulg. et pupill. subst.

§. 552. *Quum ergo verba directa et imperativa ad hereditatem*, *precativa ad fideicommissa pertineant* (§. 493); *sequitur*, *ut si quis substituerit verbis directis*, *substitutio DIRECTA sit*; *sin obliquis*, *FIDEICOMMISSARIA* (*a*) L. 7 et 15, D. L. 5 et 7, C. h. t. L. 64 et 77, D. ad SC. Trebell. *Iam de directa loquimur.*

§. 553. *Ea*, *quum ob duplicem caussam fiat* (§. 550), *duplex est*, *vel VULGARIS vel PUPILLARIS*, *quarum altera alteri tacite inesse censetur* L. 4, pr. D. L. 4, C. de vulg. et pupill. subst. *Unde utraque a doctoribus in EXPRESSAM et TACITAM dividi solet. Reliquae enim species*, *quas addunt doctores*, *commode ad binas istas reducuntur. De vulgari hoc*; *de pupillari sequente titulo agendum.*

§. 554. *VULGARIS est*, quando quilibet testator heredi substituit in casum, si institutus heres non fuerit, pr. Inst. h. t.

§. 555. *Quumque id duobus casibus contingere possit*, *si institutus vel NOLIT*, *vel NON POSSIT heres esse* (§.550, 1.°), *sequitur* : 1 *ut ad utrumque casum pertineant verba* : si heres non erit; 2 *ut si alteruter tantum casus expressus sit*, *alter non expressus expresso contineatur*, L. 3, C. de her. Inst. L. 4, pr. d. L. 4, C. h. t.

(*a*) *Unde facile patet*, *quid inter utramque intersit. Directe enim substituitur in eum casum*, *si institutus heres non fuerit*, *vel si intra pubertatem decesserit*; *fideicommissaria vero supponit institutum*, *heredem factum*, *eidemque iniungit*, *ut hereditatem restituat. Unde hic detractioni quartae TREBELLIANICAE locus est. Saepe tamen verborum compendio utraque substitutio coniungitur. Exemplum elegans tractat. ZAC. HUBER.* Observ. rer. iud. obs. 82.

TITOLO XV.

Della sostituzione volgare.

§. 550. Succedendo l'erede a tutt'i dritti del defunto (§. 534), era tenuto a pagare tutt'i suoi debiti : 1.° facilmente avveniva che l'erede istituito non voleva accettare la successione. Spesso accadeva pure che l'erede o premorto al testatore, o subendo un cambiamento di stato non poteva accettare, e quindi il testamento restava altresì abbandonato (§. 577). Finalmente 2.° spesso i genitori che istituivano i loro figli impuberi o dementi temevano che, morendo gli stessi pria della pubertà, o del riacquisto della ragione, morissero *ab intestato*. Si sono dunque a tale uopo immaginate le SOSTITUZONI acciò il testamento non restasse in abbandono ; e che un figlio impubere o demente non morisse *ab intestato*.

§. 551. La SOSTITUZIONE *è l'istituzione d'un secondo, terzo o quarto erede in mancanza del primo defunto (L. 1, pr. L. 36 pr. L. 43, §. 2, D. de vulg. et pupill. subst.).*

§. 552. E siccome i termini diretti e imperativi costituiscono l'eredità, e quelli supplichevoli il fedecommesso (§. 493), ne segue che se qualcheduno sostituisca in termini diretti, la sostituzione dicesi DIRETTA; se con indiretti FIDECOMMESSARIA (*a*) (L. 7 e 15, *D. L.* 5 e 7 *Cod. h. t. L.* 64 e 77; *D. ad SC. Trebell.*). Ci occuperemo ora della diretta.

§. 553. Siccome ha luogo per due obietti (§. 550) è per ciò di due specie VOLGARE e PUPILLARE; l'una delle quali è compresa tacitamente nell'altra (*L.4, pr.D.L.4, Cod. de vulg. et pupill. substit.*) ; quindi ciascuna è divisa da'dottori in ESPRESSA e TACITA. Tutte le altre specie che gli stessi aggiungono riduconsi a queste due. In questo titolo ci occuperemo della volgare ; nel seguente della pupillare.

§. 554. La sostituzione VOLGARE *ha luogo allorchè un testatore qualunque sostituisce un altro, se l'istituito non sarà erede (pr. Inst. h. t.).*

§. 555. E siccome la sostituzione può aver luogo in due casi o che l'istituito *non voglia* essere erede o che *nol possa* (§. 550, 1°), ne segue 1.° che nell'uno e nell'altro caso sono applicabili i termini : *se non vi sarà erede* ; 2.° che se de' due casi non se ne sia espresso che uno, il non espresso contiensi nell'altro (*L.* 3, *Cod. de hered. inst. L.* 4, *pr. D. L.* 4, *Cod. h. t.*).

(*a*) Da ciò facilmente conoscesi la differenza ch'evvi tra l'una e l'altra. La sostituzione diretta si fa allorchè o l'erede istituito non sarà erede, o muoja pria della pubertà ; la fedecommessaria suppone che l'erede istituito sia divenuto erede e gli s'ingiunga di restituire l'eredità. D'onde ne avviene che in quest' ultimo caso ha luogo la detrazione della quarta TREBELLIANICA. Spesso intanto avviene che per abbreviare comprendonsi le due sostituzioni sotto la stessa formola, ZACH. HUBER, *Obs. rer. jur. Obs.* 82 ne adduce un chiaro esempio.

§. 551. *Quia ergo substitutio est institutio heredis secundi* (§. 551), *sequitur:* 1 *ut iidem substitui possint, qui institui* (§. 536 seq.); 2 *ut et plures in locum unius, et unus in locum plurium, et singuli in locum singulorum recte substituantur*, §. 1, Inst. L. 36, §. 1, D. h. t.; 3 *ut et coheredes sibi invicem substitui queant, quam substitutionem vocamus RECIPROCAM vel MUTUAM* (*a*), L. 4, §. 1, D. h. t. L. 64, D. de legat. 2.

§. 557. *Et quoniam secundus heres substituitur in locum deficientis primi* (§. 550); 4 *substitutus in dubio ad eamdem partem vocatus esse intelligitur, quam accepisset institutus*, §. 2, Inst. L. 24, D. h. t.; 5 *substituto ante institutum mortuo*, L. un. §. 5, de caduc. toll., *vel instituto hereditatem semel adeunde* (*b*), *substitutio expirat, quamvis qui hereditatem adiit*

(*a*) *Doctores barbare* breviloquam *adpellant, et inde fingunt tertiam speciem substitutionis, sed re vera ea vulgaris, et plerumque hodie frustranea est, quia coheredes inter se gaudens iure accrescendi, etiamsi sibi invicem non sint substituti.*

(*b*) *Excipitur casus in* §. ult. Inst. h. t., et L. 40, 41, D. de hered. Instit. *Nam si servus alienus, quem testator patremfamilias esse arbitrabatur, heres scriptus, eique vulgariter substitutus est MAEVIUS; servo iussu domini hereditatem adeunde, MAEVIUS nihilominus in partem admittitur. Sed in quantam? In d.* §. ult. et L. 14 *de dimidia videtur sermo esse; in* L. 40 *contra legitur:* igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum dividatur. *UNDE CUIACIUS acute pro* alter semis *legit s AS, quasi scribae inde sibi notas vel litteras singulares finxerint, easque interpretati sint* alter semis. *Sed salva res videtur. Lex enim* 40 *manifesto duas species tractat. Prior haec est: paterfamilias instituerat TITIUM, servum, quem ingenuum putabat, eique substituebat SEMPRONIUM. TITIO iussu domini adeunde hereditatem, quaerebatur an SEMPRONIUS in partem admittendus sit? Respondet IULIANUS*, d. L. 40: Potest dici Sempronium in partem hereditatis (*scilicet dimidiam*) admitti. *Altera species haec est: Paterfamilias instituerat TITIUM, tum ingenuum, sed postea deductum in servitutem, eique substituerat SEMPRONIUM. TITIO iussu domini adeunde hereditatem, quaerebatur an et in quam partem admittendas esset SEMPRONIUS? Respondet JULIANUS:* Quae adiectio ad *EOS* pertinet, qui patresfamilias heredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur *IN HOC CASU* semisses fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur; *alter vero penes dominum maneat; cuius hoc casu vel ideo melior erat conditio, quod testator non, uti in priore, circa statum heredis instituti erraverat. Ita nec opus emendatione, nec causa est, cur IULIANO* ἀκυρολογία *tribuatur. Simile quid in mentem venisse video MARCO LYKLAMA*, Membran. l. 5, eclog. 15 pag. 187, et *OSW. HILL.* G. Donell. enucl. l. 6, c. 24, litt. L. p. 442, seq.

§. 556. E siccome la sostituzione è l'istituzione di un secondo erede (§. 551), ne segue: 1.° che possansi istituire coloro che possono essere istituiti (§.536 *e segu.*); 2.° che possansi legittimamente sostituire più persone in luogo di una sola, o una in luogo di molte, o essendo molte una per ciascuna (§.1, *Inst. h. t.L.*36; §.1, *D. h.t.*); 3.° che i coeredi possonsi scambievolmente tra loro sostituire; e siffatta sostituzione dicesi RECIPROCA o SCAMBIEVOLE. (*a*) (*L.* 4, §. 1, *D. h.t.L.*64, *D.de legat.* 2.).

§. 557. E poichè il secondo erede istituiscesi in luogo e in mancanza del primo (§. 550); ne segue 4.° che il sostituito nel dubbio suppongasi chiamato alla stessa quota che avrebbe avuto l'istituito (§. 2, *Inst. L.* 24, *D. h. t.*); 5.° che il sostituito premorendo all' istituito (*L. un.* §. 5, *D. de cad. toll.*), o questo accettando l'eredità (*b*) la sostituzione non ha più luo-

---

(*a*) I dottori con barbara voce la chiamano *compendiata* (*breviloquam*) e quindi fingono una terza specie di sostituzione; ma che a dire il vero non è che la *volgare*; e al presente è quasi sempre inutile perchè i coeredi hanno tra loro il dritto di accrescimento, benchè non sieno reciprocamente sostituiti tra loro.

(*b*) Eccettuasi il caso espresso nel §. *ult. Inst. h. t. e L.* 40 e 41, *D. de hered. Instit.* Imperocchè se fosse stato istituito un servo estraneo che il testatore credeva di essere padre di famiglia, a cui fosse volgarmente sostituito MEVIO, accettandosi dal servo l'eredità per ordine di suo padrone, MEVIO è ciò non ostante ammesso per una parte. Ma per quale? Nel prefato §. ultimo e nella L. 14 par che si dica della metà. Per l'opposto si legge nella legge 40: *Dunque in tal caso si facciano dell'eredità due parti, di modo che una di esse dividasi in due porzioni eguali tra 'l padrone dell' erede istituito e il sostituito.* CUJACIO avvedutamente in vece di *alter semis* (una delle prefate metà) legge *as* (eredità) e suppone che i copisti avranno preso ciascuna lettera di questo termine *as* per un abbreviatura e le avranno interpetrate *alter semis*. Ma la cosa è chiara da sè stessa; avvegnachè la legge 40 offre manifestamente due specie. La prima è: Un padre di famiglia avea istituito TIZIO servo, che credeva ingenuo, e a questo sostituì SEMPRONIO. TIZIO avendo per ordine di suo padrone accettato l'eredità, si domandava se SEMPRONIO si dovesse ammettere per una parte. GIULIANO risponde in questa legge 40: Si può dire che SEMPRONIO debba ammettersi per una parte (cioè per la metà). L'altra specie è: Un padre di famiglia avea istituito TIZIO ingenuo; ma che in seguito essendo divenuto servo gli avea sostituito SEMPRONIO: accettandosi da TIZIO l'eredità per ordine del padrone; si domandava sapere se Sempronio dovesse ammettersi e per qual parte? GIULIANO risponde: *Siffatta aggiunzione spetta a COLORO ch' essendo istituiti eredi allorchè erano padri di famiglia, caddero in servitù. Quindi in QUESTO CASO l'eredità si dividerà in due parti eguali, delle quali una resta al padrone dell'erede istituito e il sostituito, e che l' altra resti al padrone*, la cui condizione in questo caso è migliore perchè il testatore non era stato in errore, come nella precedente specie, circa lo stato dell' erede istituito. Quindi non fa uopo di correzione, nè di supporre in GIULIANO alcuna improprietà di linguaggio. Una quasi consimile cosa mi sembra esser caduta in mente a MARCO LYKLAMA, *lib.* 5, *eclog.* 15 *pag.* 187 e a OSW HILLIG e DONEL. *enuct.*, *lib*, 6, *cap.* 24, *Lettera* 50 *pag.* 422 e segu.

minor, restitutus sit contra aditionem, L. 3, §. 4, L. 7, §. 10, D. de minor. L. 5, C. h. t.

§. 558. *Quia denique substitutiones inventae, ne testamenta destituantur* (§. 550); *porro inde inferebant ICti*, 6 *substitutum substituto*, *substitutum etiam instituto videri* §. 3, Inst. h. t.

TITULUS XVI.

De pupillari substitutione.

§. 559. *Hactenus de substitutione* vulgari; *sequitur PUPILLARIS*, *cuius quum is finis sit*, *ut ne liberi impuberes intestati moriantur* (§. 550), *facile intelligitur eius definitio*, *quod* sit substitutio facta liberis impuberibus, in potestate testatoris constitutis, et in alterius potestatem, eo mortuo non recasuris, in eum casum, si liberi instituti intra pubertatem decesserint, pr. Inst. h. t. L. 8, C. de impub. et al. subst.

§. 560. *Ex ea definitione fluunt axiomata* : *I Fundamentum substitutionis pupillaris est patria potestas* (§. 139, 10). *II Eius caussa est aetas immatura*, *intra quam testamentum condi nequit* (§. 516, 7). *III Substitutio pupillaris non quidem ratione sollemnitatum externarum*, *sed tamen ratione institutionis*, *duplex testamentum complectitur*, §. 2, Inst. h. t. L. 2, §. 4, L. 16, §. 1, D. de vulg. et pupill. substit.

§. 561. *Quum ergo fundamentum substitutionis huius sit patria potestas* (§. 560 1), *sequitur*: 1 *ut pater dumtaxat hoc modo substituat*, *quum mater tantum vulgariter substituere possit*, *quippe cuius in potestate liberi non sunt constituti* (§. 136), pr. Inst. L. 22, D. h. t.; 2 *ut pater substituat tantum suis*, *et posthumis non emancipatis* (§. 190); *nec* 3 *nepotibus in patriam potestatem recasuris*, *nisi ex formula legis Iuniae Velleiae*, L. 2, pr. D. h. t.; 4 *ut substituere possit etiam exheredatis* (§. 192, 3), L. 1, §. 2, L. 10, §. 15, D. h. t., *tametsi ab iisdem vel eorum substitutis legata relinqui non possint* (*a*), L. 41, §. 3, D. h. t. et L. 41, §. 3, D. de testam. milit.; 5 *ut evanescat substitutio*, *si filius a testatore ante mortem emancipatus*, *vel post eius mortem arrogatus sit*, *quod tamen sine accurata caussae cognitione haud permittendum* (§. 181), L. 17, §. 1, De adopt.

(*a*) *Generalis enim regula est ea* : Neminem esse magis onerandum, quam sit honoratus, L. 9, C. de fideic. L. 114, §. 3, L. 122, §. ult. D. de legat. 3, §. 1, Inst. de sing. reb. per fideic. relict.

go, benchè l'erede minore che accetta l'eredità sia restituito contro l'adizione (*L.* 3, §. 4, *L.* 7, §. 10, *D. de min. L.* 5, *Cod. h. t.*).

§. 558. Finalmente siccome le sostituzioni furono imaginate acciò i testamenti non restassero abbandonati (§. 54) i giureconsulti ne conchiusero, 6.° che il sostituito al sostituito sembri pure sostituito all'istituito (§. 3, *Inst. h. t.*).

TITOLO XVI.

Della sostituzione pupillare.

§. 559. Finora della sostituzione volgare; segue la PUPILLARE; e siccome ha per iscopo che i figli impuberi non morissero intestato (550) facilmente comprendesi perchè si è definita: *La sostituzione fatta a' figli impuberi sottoposti alla potestà del testatore, i quali dopo la sua morte non ricadono sotto la potestà di un altro, nel caso che morissero nel tempo della pubertà* (*Pr. Inst. h. t. L.* 8, *Cod. de impub. et al subst.*).

§. 560. Da questa definizione ne derivano i seguenti assiomi: 1.° che il fondamento della sostituzione pupillare sia la patria potestà (§. 139, 10); 2.° la sua causa è l'età immatura per fare un testamento (§. 516, 7.°); 3.° la sostituzione pupillare non per le solennità esterne, ma in quanto alla sostituzione dell'erede è un doppio testamento.

§. 561. Siccome il fondamento di questa sostituzione è la potestà (§. 560, 1.°), ne segue: 1.° che il padre solo possa sostituire in questo modo, mentre che la madre non può sostituire che volgarmente, perchè i figli non sono sotto la sua potestà (§. 136) (*Pr. Inst. L.* 22, *D. h. t*); 2.° che il padre sostituisca soltanto a' figli propri e a' suoi postumi, ma non agli emancipati. (§. 190); nè 3.° a' nipoti che debbono ricadere sotto la potestà del padre, se non seguendo la formola della legge Giuuia Velleja (*L.* 2, *pr. D. h. t.*); 4.° che si possa sostituire altresì ai figli diredati (§. 192,3.°) (*L.* 1, §. 2, *L.* 10, §. 15, *D. h. t.*); quantunque non si possano lasciare legati da essi o da' loro sostituiti (*a*) (*L.* 41, §. 3, *D. h. t. e L* 41, §. 3, *D. de test. mil.*); 5.° che la sostituzione rendasi caduca, se il figlio sia stato emancipato dal testatore prima della sua morte, o dopo la stessa venga arrogato da un altro; lo che intanto non era permesso senza un'accurata cognizion di causa (§. 181) (*L.* 17, §. 1, *D. adopt.*).

(*a*) Imperocchè è una regola generale che: *Niuno debbasi aggravare dippiù di quel che ha ricevuto*, *L.* 9, *C. de fideic.*, *L.* 114, §. 3, *L.* 122, §. *ult. D. de legat.* 3, §. 1, *Inst. de sign. reb. per fideic. relict.*

§. 562. *Quumque deinde huius substitutionis caussa sit aetas immatura, intra quam liberi testamentum condere nequeunt* (§. 560, 2), *consequens est*, 6 *ut filio substitui non possit, nisi intra annos pubertatis*, L. 14, D. h., *quamvis ad brevius tempus id fieri queat*, L. 21, D. h. t.; 7 *ut, si ad pubertatem pervenerit pupillus, substitutio evanescat*, L. 14, D. eod., *nec non si tempus, ad quod substitutum, elapsum*, L. 21, D. eod.

§. 563. *Denique quum substitutio pupillaris duplex testamentum complectatur* (§. 560, 3), *recte inde infertur*, 8 *patrem non substituere posse filio, nisi sibi prius testamentum faciat, et primo sibi, deinde filio heredem scribat*, L. 2, §. 4, et ult. D. h. t. §. 2, Inst. h. t.; 9 *casu existente, substitutum non modo bona a patre profecta, sed et reliqua omnia adventitia* (§. 491, 3), *accipere, adeoque omnes alios, ipsamque matrem, excludere*, L. 8, §. 5, D. de inoff. test. *quippe quae ne legitimam quidem petere potest* (*a*), L. 8, §. 15, D. eod.; 10 *unde et infirmato patris testamento* (*b*), *substitutio, quae eius sequela est, corruit*, §. 5, Inst. L. 2, pr. D. h. t.

§. 564. *Ad exemplum pupillaris substitutionis et alia invecta*, L. 9. C. de impub. et al. substit. *quam EXEMPLAREM, QUASI-PUPILLAREM, itemque IUSTINIANEAM vocant. Quum enim nec furiosi, nec mente capti, vel sensibus orbi, testari possint* (§. 516, 5), *eosque parentes intestatos mori nollent* (§. 550); *Iustinianus concessit parentibus, tamquam qui naturali* στοργῇ amore *inducti optime de sanguine suo iudicare censentur, ut eiusmodi liberis substituere possint, in eum casum, si in eo statu decesserint*, §. 1, Inst. h. t.

§. 565. *Ergo huius substitutionis fundamentum non est patria potestas* (§. 560, 1.°), *sed* στοργῇ amor. *Ex eoque sequitur*: 1 *ut ita recte substituant parentes utriusque sexus*; 2 *ut substituant liberis dementibus, institutis saltim in legitima, non exheredatis*, §. 1, Inst. h. t. d. L. 9, C. de impub. et al. substit.; 3. *ut bene consulere teneantur posteritati suae, adeoque primo substituant furiosi vel mente capti liberos, deinde, his non extantibus, eiusdem fratres et sorores, et his denique deficientibus, quem lubet*, d. L. 9, Cod. de impub. et ab subst.

(*a*) *AEquitas tamen, et argumentum ex* L. 30 *et* L. 32, D. de inoff. testam., *ductum, suadere videntur, ut matri salva esse iudicetur legitima ex bonis filii adventitiis.* Vid. VESTEMBERG, *Princ. jur. sec. ord. Dig. h. t.* §. 40, *et Dissert.* 2, *de part. legit. cap.* 3, § 6.

(*b*) *Praeterquam, si paternum testamentum rescindatur querela inofficiosi. Nam tunc capita omnia praeter heredis institutionem, salva manent*, Nov. 115, c. 3, §. ult.

§. 562. E siccome la causa della prefata sostituzione è l' immatura età durante la quale i figli non possono far testamento (§. 560, 2.°); ne segue 6.° che un padre non possa sostituire a suo figlio che sino all' età della pubertà (*L.* 14, *D, h. t.*), benchè ciò si possa fare in un tempo più breve (*L.* 21, *D. h. t.*); 7.° che se il figlio pervenga alla pubertà, la sostituzione addiviene caduca (*L.* 14, *D. eod.*), come pure allorchè sia scorso il tempo prefisso per la sostituzione (*L.* 21, *D. eod.*).

§. 563. Finalmente, siccome la sostituzione pupillare racchiude due testamenti (§. 560, 3.°), legittimamente conchiudesi 8.° che il padre non possa sostituire a suo figlio, se non faccia pria il testamento e istituisca l' erede per lui e quindi per suo figlio (*L.* 3, §. 4, *e ult. D. h. t.* §. 2, *Inst. h. t.*); 9.° che verificandosi il caso della sostituzione il sostituito raccolga non solo i beni provenienti dal padre, ma altresì tutti que' avventizi del figlio (§. 491, 3.°), e per conseguenza esclude tutti gli altri eredi ed anche la madre (*L.* 8, §. 5, *D. de inoff. test.*), la quale non può domandare neppure la legittima (*a*) (*L.* 8, §. 15, *D. eod.*); 10.° laonde, essendo infirmato il testamento (*b*), la sostituzione che n' è la conseguenza diventa altresì caduca (§. 5, *Inst. L.* 2; *pr. D. h. t.*).

§. 564. Ad imitazione della sostituzione pupillare è stata introdotta un' altra sostituzione (*L.* 9, *Cod. de imp. et al. subst.*) che dicesi ESEMPLARE, QUASI-PUPILLARE o GIUSTINIANEA; imperocchè siccome, nè i furiosi, nè i mentecatti, nè coloro privi di sensi possono testare (§. 516, 5.°), e i loro genitori non li vorrebbero far morire *ab intestato* (§. 550), così Giustiniano li concesse la facoltà di poter sostituire a' figli nel caso che morissero in quello stato, in considerazione che l' interno sentimento di natura li porta a ben giudicare sulla propria prole (§. 1, *Inst. h. t.*).

§. 565. Il fondamento dunque di questa sostituzione non è la patria potestà (§. 560, 1.°), ma la naturale affezione de' genitori, dal che ne segue: 1.° che la facoltà di sostituire competa del pari al padre che alla madre; 2.° che possano sostituire a' figli dementi, istituiti almeno nella legittima, e non a' diredati (§. 1, *Inst. h. t. dict. L* 9, *Cod. de impub. et al subst*); 3.° che debbano vigilare agl' interessi della loro posterità, e per conseguenza debbono in primo luogo sostituire i figli del furioso e dell' insensato; in secondo luogo i fratelli e le sorelle in mancanza di figli; e in mancanza di fratelli e sorelle chi lor piace (*D. L.* 9, *Cod. de impub. et al. subst.*).

(*b*) L' equità intanto e l' argomento desunto dalla *L.* 31 e 32, *D. de inoff. test.* fan credere che la madre debba ottenere la sua legittima su' beni avventizi del figlio. Veggasi VESTEMBERG, *Princep. jur. sec. ord. Dig. h. t.* §. 40, *e Dissert.* 2, *de port. legit. cap.* 3, §. 6.

(*a*) Eccetto se il testamento del padre si rescinda colla querela d' inofficiosità; avvegnachè in siffatto caso tutt' i capi del testamento sussistono, tranne l' istituzione dell' erede. *Nov.* 115, *cap.* 3, §. *ult.*

§. 566. *Quumque ob eam caussam inventa sit haec substitutio, quod huiusmodi liberi testari ipsi nequeunt* (§. 564), *inde inferendum*: 1 *quod substitui possit non solum furiosis et mente captis, verum etiam* 2 *prodigis*; 3 *surdis et mutis* (§. 516), *etiam puberibus*; *et* 4 *quod ea substitutio evanescat, postquam furiosus resipuit, vel prodigo bonorum reddita administratio, vel surdus et mutus sensibus uti coepit*, d. lib. 9. Cod. de impub. et al. subst.

§. 567. *Addi solet SUBSTITUTIO MILITARIS. Quum enim miles omnibus legibus circa testamenti factionem solutus sit* (§. 502); *nec eum obstringunt regulae de substitutione. Unde et PRIVILEGIATA vocatur haec substitutio. Ex quo consequitur*: 1 *ut miles et liberis ultra pubertatem*; *et* 2 *extraneis, in casum quo heredes futuri sint*; *et* 3 *quandocumque, vel si intra certum tempus decesserint, substituere possit in iis bonis, quae ab eo ad heredem profecta sunt*, L. 15 D. de valg. et pupill. subst. L. 6, C. de testam. mil. L. 8. de impub. et al. subst.

TITULUS XVII.

Quibus modis Testamenta infirmantur

§. 568. *Testamenta infirmantur variis modis, quos ICti, verborum curiosissimi, totidem vocabulis distinguere solent. Aliud enim testamentum I NULLUM est, aliud II INIUSTUM, III RUPTUM, IV aliud IRRITUM, aliud V DESTITUTUM, aliud VI RESCISSUM vocatur.*

§. 569. *I NULLUM est, quod ab initio non subsistit, vel* 1 *ob defectum sollemnitatis internae* (§. 492 seq.), *id est, heredis institutionis v. c. si liberi sui nati praeteriti* (a) (§. 526) L. 1, D. de iniust. rupt. irr., *vel* 2 *ob inhabilitatem testatoris* §. 514 seq.), L. 1, D. h. t.

§. 570. *II INIUSTUM dicitur*, quod itidem ab initio non subsistit, quia non rite et iure factum, atque omissae in eo sunt sollemnitates externae (§. 494 seq.), L. 1, D. de iniust. rupt. irr. test.

§. 571. *Et eiusmodi testamenta nulla et iniusta tota corruere et ne legata quidem aliaque capita subsistere, satis adparet ex eo quod* Nov. CXV. c. 3, *non de querela nullitatis*,

---

(a) *Nam emancipati et posthumi praeteriti testamentum patris nullum non reddunt, si quidem id iure factum initio*, L. 3, §. 4, D. h. t.; *sed illi bonorum possessionem petunt, hi agnatione rumpunt. Idem dicendum de praeteritis a matre, vel avo materno qui nec ipsi testamentum, querela nullitatis, sed querela inofficiosi impugnant. Vide* ULR. HUBER. Praelect. ad Inst. lib. 2, tit. 13, §. 2, seq.

§. 566. E siccome questa sostituzione è stata immaginata perchè i figli in tale stato non possono testare (§. 564), ne segue, 1.° che si possa sostituire non solo a' furiosi e agl' insensati; ma altresì, 2.° a' prodighi; 3.° a' sordi e muti (§. 516) e anche agl' impuberi; e 4.° che questa sostituzione divenga nulla allorchè il furioso è ritornato alla ragione, o che il prodigo sia stato reintegrato nell' amministrazione de' suoi beni, o che il sordo e muto abbia ricuperato l' uso de' sensi (*D. L.* 9, *Cod. de impub. et al. subst.*).

§. 567. Si suole aggiungere la SOSTITUZIONE MILITARE. Imperocchè siccome il militare non è astretto d'alcuna legge sulla fazione del testamento, così non è tampoco sottoposto alle regole delle sostituzioni. Quindi siffatta sostituzione dicesi *privilegiata*; dal che ne segue: 1.° che il militare possa sostituire ai figli al di là della pubertà; 2.° agli estranei, anche nel caso che fossero eredi; 3.° all' epoca che gli piace, o se muoiano prima di un certo tempo, ma però ne' beni che passano da lui al suo erede (*L.* 14, *D. de vulg. et pup. subst. L.* 6, *Cod. de test. milit.*, *L.* 8. *Cod. de imp. et al. subst.*).

TITOLO XVII.

In quali modi s' invalidano i testamenti.

§. 568. I testamenti s' infirmano in diversi modi, che i giureconsulti amanti di parole sogliono distinguere con altrettanti vocaboli. Infatti distinguono: 1.° il testamento NULLO; 2.° l' INFIRMATO; 3.° il ROTTO; 4.° l' INUTILE; 5° l'ABBANDONATO; 6.° il RESCISSO.

§. 569. Il NULLO è quando non sussiste da principio, 1.° per mancanza delle solennità interne (§. 492 e segu.), cioè dell' istituzione dell' erede, per esempio se i figli suoi già nati sieno preteriti (*a*), (§. 526) (*L.* 1, *D. de in inst. rupt. irrit.*), o 2.° perchè il testatore era incapace di testare (*L.* 1, *D. eod.*).

§. 570. 2. L' INFORME, è quello ch' è del pari da principio nullo, perchè non è fatto secondo le forme e secondo la legge, e che vi si sieno omesse le solennità esterne (§. 594 e segu.) (*L.* 1, *D. de injust. rupt. irrit.*).

§. 571. Siffatti testamenti nulli ed informi non hanno alcun vigore, nè tampoco sussiste alcun legato o alcun altro capo, come chiaro apparisce dalla Novella 115 cap. 3, la quale tratta

(*a*) Imperocchè gli emancipati e i postumi non rendono nullo il testamento del padre, poichè dalla legge è risguardato valido fin da principio, (*L.* 3, §. 4. *D. h. t.*); ma gli emancipati chieggono il possesso de' beni, e i postumi coll' agnazione rompono il testamento. Lo stesso è a dirsi da' preteriti dalla madre e dall' avo materno che attaccano il testamento non colla querela di nullità, ma con quella d' inofficiosità. Veggasi HUBER. *Prael.* ad *Inst. lib.* 2, *tit.* 13. §. 2, e segu.

sed inofficiosi, agat, ULR. HUBER. Praeclect. ad Inst. L. 2, tit. 13, §. 2. *iniusta tamen aliquando sustinentur per clausulam codicillarem, de qua paullo post* (§. 685 seq.)

§. 572. *III RUMPITUR testamentum*, quum in eodem statu manente testatore ipsius testamenti ius vitiatur, §. 1, Inst. h. t. *Idque fit*: 1 *per agnationem posthumi*, *vel* naturalem, *si heres suus post testamenti factionem nascitur*; *vel* civilem, *si testator vel arrogat*, *vel descendentem adoptat*, *vel naturalem legitimat*, *vel nepos succedit in locum sui heredis*, (§. 1, 2, Inst. de exhered. liber. §. 1, Inst. h. t. §. 2, Inst. de her. qui ab intest.

§. 573. *Idem fit* 2 *mutata testatoris voluntate*, *sive ipse novum testamentum iure perfecto condat* (*a*) (§. 491,1.°) §. 2, Inst. h. t. L. 1, et 2, D. de iniust. rup. irr. test. (*licet ex posteriore heres non exstiterit*, D. §. 2, Inst. h. t., *vel priori adiecta sit clausula derogatoria* (*b*) L. 6, §. 2, D. de iur. codicill., *sive prius testamentum coram tribus ad minimum testibus revocarit*, *accesseritque lapsus decennii*, L. 27, C. de testam.; *sive prius aboleverit*, *deleverit*, *induxerit*, *superscripserit*, (*b*), L. 1, D. de his, quae in test. del.

§. 574. *Et ruptum testamentum totum corruit*, *nisi sustineatur beneficio praetoris*; *qui bonorum possessionem etiam ex rupto testamento dare solet*: 1 *si posthumus, qui rupit* (§.572), *vivo testatore decessit*, L. 12, D. de iniust, rupt. irr.; 2 *si testator tabulas posteriores incidit*, *ut priores supremas relinqueret*, L. 11, §. 2, D. de bonor. posses. sec. tab.

§. 575. *IV IRRITUM fit testamentum*, *si* status testatoris mutatur, *id est*, *si is vel maximam*, *vel mediam*, *vel minimam capitis deminutionem patitur*, §. 4, Inst. h. t. L. 6, §. 5, D.

(*a*) *Aliquando tamen prius testamentum subsistit*: 1. *si posterius ob filii praeteritionem nullum est*, L. 16, §. 1, D. de vulg. et pupull. subst.; 2, *si posteriores tabulae vacuae sint*, L. 11, D. de iniust. rupt. irr.; 3 *si conditia de praesenti vel praeterito*, *inserta posteriori*, *non existat*, L. 16, D. eod. *Nonnumquam ex utroque succeditur*, *tanquam ex uno*, *si non constet utrum sit posterius*, L. 1, §. 6, D. de bon. possess. secund. tab. *Denique si testator in posterioribus tabulis aliquem ex re certa instituerit et addiderit*, *etiam priores valere debere*; *heres in re certa scriptus rogatus censetur ut reliqua heredi in prioribus tabulis scripto restituat*, §. 2, Inst. h. t.

(*b*) *Testamenti factio enim est actus* μονόπλευρος, ex uno latere tantum obligans, *cuius ea natura est*, *ut nemo sibi legem dicere possit*, *a qua non liceat discedere*, L. 6, §. 2, D. de iur. codic. *Et haec vera est ratio regulae*: voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem (§. 491 5) L. 4, D. de alim. vel transfer. legat.

non della nullità, ma bensì della querela d'inofficioso testamento (HUBER *Praelect, ad Inst. L.* 2, *tit.* 13, §. 2.). Intanto i testamenti informi sussistono talora per la clausola-codicillare, di cui or ora tratteremo (§. 685 e segu.).

§. 572. 3.° Il testamento è ROTTO allorchè il *testatore restando nello stesso stato, il dritto del testamento è viziato* (§. 1. *Inst. h. t.*); e ciò avviene : 1.° per l'agnazione di un postumo, la quale o è *naturale* se un erede necessario nasca dopo di essersi fatto il testamento; o *civile* se il testatore o arroghi un figlio, o adotta un discendente, o legittima un figlio naturale, o se il nipote succeda in luogo dell' erede necessario (§. 1 e 2, *Inst. de exhered. lib.* §. 1, *Inst. h. t.* §. 2, *Inst. de hered. quae ab intest. de fer.*).

§. 573. Lo stesso avviene 2.° se il testatore cangia volontà, o che lui stesso faccia un nuovo testamento nelle forme (*a*) (§. 491, 5.°) (§ 2, *Inst. h. t. L.* 1 e 2, *D. de iniust. rupt. irr. test.*), benchè l' erede istituito nel secondo testamento non addivenga tale (*D.* §. 2, *Inst. h. t.*), o al primo siasi aggiunta la clausola derogatoria. (*b*) (*L.* 6, §. 2, *D. de jur. codic.*), sia che abbia rivocato il primo testamento alla presenza di tre testimoni, e che dipoi sieno decorsi dieci anni (*L.* 2, *Cod. de test.*); sia che l' abbia cassato, cancellato o scritto sulla scrittura (*L.* 1, *D. de his quae in test. del.*).

§. 574. Il testamento rotto infirmasi compiutamente se non venga sostenuto dal beneficio del pretore, ch' è solito di accordare il possesso de' beni, anche in vigore di un testamento rotto : 1.° se il postumo che lo ruppe (§. 572) sia premorto al testatore (*L.* 12, *de iniust. rupt. irrit.*); 2.° se il testatore abbia lacerato l' ultimo testamento acciò avesse vigore il primo (*L.* 11; § 2., *D. de bon. poss. sec. tab.*).

§. 575. Il testamento diviene INUTILE (*irritum*), se il testatore cangia stato, cioè se soffre il massimo, il medio od il minimo cangiamento di stato (§. 4, *Inst. h. t. L.* 6, §. 5, *D.*

(*a*) Talora nondimeno il primo testamento sussiste : 1. se il secondo sia nullo per la preterizione del figlio, *L.* 16, §. 1, *D. de vulg. et pupill. subst.*; 2. se il secondo testamento sia senza istituzione; *L.* 1, *D. de iniust. rupt. irr. test.*; 3. se la condizione sul presente o sul passato apposta nel secondo non esista (*L.* 16, *D. eod.*). Talora succedesi in virtù di due testamenti, risguardati come fossero un solo, se non costa qual sia l'ultimo, *L.* 1, §. 6, *D. de bon. poss. sec. tab.* Finalmente se il testatore nel secondo testamento abbia istituito qualcheduno per una cosa determinata, aggiungendo che valesse anche il primo, l' erede istituito per la cosa certa si presume incaricato di restituire tutto il resto all' erede scritto nel primo testamento, §. 2, *Inst. h. t.*

(*b*) La fazione del testamento è un atto *unilaterale* di siffatta natura che niuno possa a sè stesso imporre una legge irrevocabile, *L.* 6, §. 2, *D. de jur. Cod.*; e la vera ragione di siffatta massima è : *Che la volontà umana sia mutabile fino alla morte* (§. 491), *L.* 4, *D. de adim. vel front. leg.*

de iniust. rupt. irr. *Quum enim per capitis deminutionem maximam fiat servus, per mediam peregrinus, per minimam filiusfamilias* (§. 225); *et nec servus* (§. 514. 1.) *nec peregrinus* (§ 514, 3.°), *nec filiusfamilias* (§. 514, 4.°), *testamentum condere possit, facile patet, testamentum ita incidere in casum, a quo incipere non possit*; L. 98, pr. D. de verb. oblig., *adeoque totum corruere.*

§. 576. *Et hoc tamen testamentum nonnumquam sustinet praetor et scripto heredi dat bonorum possessionem secundum tabulas, dum testator tempore mortis civis Romanus et suae potestatis fuerit*, §. 6, Inst. h. t. L. 12, D. de iniust. rupt. irr.; *et si minima capitis deminutio testamentum irritum fecit, nova voluntatis testatio accesserit*, L. 11, §. 2, D. de bonor. posses. sec. tab.

§. 577. *V. DESTITUTUM dicitur testamentum*, ex quo heres non existit, sive nolit hereditatem adire, sive ob mortem, vel deficientem conditionem, non potuerit, §. 7, Inst. de hered. qui ab intest. *Ergo his casibus res ad caussam intestati redit*, pr. Inst. h. t. L. 181, D. de reg. iur.

§. 578. *Postremo VI. RESCINDITUR testamentum facto judicis, post* querelam inofficiosi, *de qua titulo sequente.*

TITULUS XVIII.

De inofficioso Testamento.

§. 579. *Parentes olim suo lubitu liberos exheredes scribere potuisse, observatum est* §. 320. *Sed quum id saepe inique fieret, sensim eiusmodi testamenta impugnari coeperunt* querela inofficiosi, *quam nec ex costitutionibus principum, nec ex edicto praetoris, nec ex lege quadam Glicia, sed ex moribus et interpretatione prudentum esse docuimus in* Antiq. Rom. h. t. §. 5, edit. noviss.

§. 580. *Quum enim iniuste exheredatis nec lex, nec praetor, succurreret: callide ICti uti eos iubebant colore furoris, ac si pater integrae mentis non fuisset, qui tam maligne iudicasset de sanguine suo.*, *BYNKERSH.* Obs. lib. 2, cap. 12. *Hanc ergo actionem vocabant QUERELAM, quia cognati proprie non accusare et litigare, sed* conqueri *inter se dicebantur*, *VOSS.* Inst. orat. lib. 1, cap. 6, §. 2. *Vocabant querelam INOFFICIOSI, quia, quemadmodum* beneficia alienorum sunt,

de iniust. rupt. irrit.). Imperocchè siccome col massimo cangiamento di stato diviene servo, straniero col medio, e figlio di famiglia col minimo (§. 225), e che nè un servo (§. 514, 1.°), nè uno straniero (§. 514, 3.°), nè un figlio di famiglia (§.514, 4.°) può testare, chiaro risulta che il testamento cade in uno di que' casi ne' quali non è permesso di farlo (*L.* 98 , *pr. D. de verb. obl.*), e per conseguenza diviene in tutto nullo.

§. 576. Talora intanto il pretore fa valere un siffatto testamento , e accorda all' erede istituito il possesso de' beni secondo in esso è prescritto, purchè il testatore nell'epoca della sua morte sia stato cittadino romano e padre di famiglia (§. 6 , *Inst. h. t. L.* 12 , *pr. D. de iniust. rup. irr. test.*); e se il minimo cangiamento di stato abbia reso irrito il testamento , e il testatore abbia manifestato una nuova volontà (*L.*, 11, §. 2, *D. de bon. poss. sec. tab.*).

§. 577. Il testamento dicesi DISTITUTO (abbandonato) allorchè *non esista alcuno erede in esso istituito* , o che *l' istituito non voglia accettare la successione*, o *che non lo abbia potuto* , *a cagione di morte*, o *per mancanza della condizione* (§. 7 , *Inst. de hered. quae ab intest.*). In siffatti casi adunque il testatore defunto diviene intestato (*pr. Inst. h. t. L.* 181, *D. de reg. iur.*).

§. 578. Finalmente il testamento rescindesi con sentenza del giudice , dietro querela d' inofficiosità di cui passiamo a trattare nel seguente titolo.

TITOLO XVIII.

Del testamento inofficioso.

§. 579. Si è osservato che anticamente i genitori potevano, secondo lor piaceva, diredare i propri figli (§. 520). Ma siccome spesso il facevano ingiustamente , così a poco a poco s' incominciò ad impugnare siffatti testamenti colla querela d' *inofficiosità* ; querela non introdotta nè dalle costituzioni de' principi , nè dall' editto del pretore , nè dalla legge *Glicia* , ma dall' uso e dall' interpetrazione de' prudenti siccome abbiamo dimostrato nelle nostre *Antichità romane h. t.* §. 5. *nuova edizione*.

§. 580. Imperocchè, siccome coloro che venivano ingiustamente diredati non trovando soccorso alcuno nè nella legge , nè nel pretore , accortamente vennero da' giureconsulti consigliati d' inculpare i genitori di delirio , poichè se fossero stati di mente sana non avrebbero così iniquamente giudicato del proprio sangue (BYNKERSH. *Obs. lib.* 2 , *cap.* 12). Quest' azione dunque venne detta *querela* , perchè i parenti tra loro non accusano , nè intentano azione , ma si querelano (VOSS. *Inst. orat. lib.* 1 , *cap.* 6 , §. 2). La denominarono *querela d' inofficiosità* , perchè ciò ch' è *beneficio* da parte di un estraneo, è

ita officia eorum, quos necessitudo suscitat, et opem ferre iubet, *SENEC.* de Benef. lib. 3, cap. 18.

§. 581. *Quemadmodum ergo TESTAMENTUM INOFFICIOSUM est*, quod recte quidem, sed non ex officio pietatis factum, L. 2 et 3, D. h. t., *id est, in quo ii, quibus debetur portio hereditatis legitima*, (*a*) *sine iusta caussa vel exheredes scripti, vel praeteriti sunt*: *ita QUERELA INOFFICIOSI est* actio, qua ii, quibus debetur portio legitima, iniuste exheredati, vel praeteriti, agunt contra heredes institutos, ut testamentum, eo colore quod testator non sanae mentis fuerit, rescindatur.

§. 582. *Quum ergo detur iniuste exheredatis, vel praeteritis* (§. 581 *), *sequitur*: 1 *ut ea opus non sit liberis praeteritis, vel exheredatis quidem, sed non nominatim, nec ex iusta caussa in* Nov. 115 *expressa* (§. 528 *), *quippe qui* quaerela nullitatis *experiri possunt* (§. 568), L. 1, pr. D. de iniust. rupt. irr. test.; 2 *ut nec illi ea indigeant, qui vel in minima parte instituti, quia ipsis competit* conditio ex lege, *ad explendum id quod legitimae deest, quamque doctores* actionem *EXPLETORIAM vocare solent*, §. 3, Inst. et L. 20, pr. C. h. t. 3; *ut ea solum locum habeat*: *I si ob iustam quidem caussam, sed falsam, liberorum exheredatio facta*; *vel II si parentes a liberis, liberi nepotesve a matre avove materno, emancipati a patre, vel denique fratres a fratre, turpi persona praelata, praeteriti sint, quia in his praeteritio pro exheredatione est*, §. 5, Inst. de exher. lib. (§. 526 527), *III si caussa exheredationis iusta quidem, sed in testamento non expressa* (§. 528, 5).

§. 583. *Quumque detur iis, quibus legitima debetur, consequens est* (§. 527,), *ut ea experiri possint*: 1 *liberi sui legitimi* (*non illegitimi, nisi ratione matris*, L. 29, §. 1, D. h. t.); 2 *emancipati et posthumi iniuste exheredati, vel a matre avove materno praeteriti*; 3 *parentes utriusque sexus, sive exheredati, sive praeteriti*, L. 1, et 30, D. h. t.; 4 *fratres et sorores germani et consanguinei* (*b*), *exheredati aut praeteriti*,

(*a*) *Olim quidem dabatur omnibus cognatis, immo etiam amicis extraneis*, *VALER. MAXIM.* lib. 7, cap. 7. *Posteaquam autem legitima inventa, id remedium ad eos, quibus illa portio teneretur, restrictum est*, L. 1, D. h. t. *Ex quo obiter colligimus, non eiusdem esse originis hanc querelam et portionem legitimam, sed hanc multo recentiorem esse, et procul dubio ex legis Falcidiae demum rationibus inductam.* (*Conf.* Antiq. nostr. Rom. h. t. §. 7,).

(*b*) *Ita Costantinus in* L. 27, C. h. t. *Sed posse tamen hodie et uterinos hanc querelam instituere, ducto ex* Nov. 18, cap. 4. argomento,

officio da parte di coloro che i legami del sangue portano e obbligano a rendere de' servigi (SEN. *De benef. lib.* 3, *cap.* 18.).

§. 581. Il TESTAMENTO INOFFICIOSO *è quello che sebbene fatto regolarmente, purnondimeno non è secondo le norme del dovere* (*L.* 2 e 3, *D. h. t.*), cioè quello nel quale coloro cui è dovuta una porzione legittima (*a*) sono stati senza giusto motivo o diredati o preterìti; così *la* QUERELA D'INOFFICIOSITA' *è una azione mediante la quale coloro cui è dovuta una porzione legittima, essendo stati ingiustamente diredati o preterìti agiscono contro gli eredi istituiti acciò venga il testamento rescisso, come se il testatore non fosse stato sano di mente.*

§. 582. Concedendosi dunque siffatta facoltà a coloro che sono stati ingiustamente diredati o preterìti (§. 581), ne segue: 1.° che non sia necessaria a' figli preterìti o diredati non nominatamente, nè per una di quelle giuste cause espresse nella Nov. 115 (§. 528,*), poichè costoro possono intentare la querela di nullità (*L.* 1, *pr. D. de iniust. rupt. irr. test.*); 2.° che non hanno bisogno di siffatta querela coloro che sono istituiti anche nella minima parte dell' eredità, perchè li compete l' azione detta *condizione in virtù della legge* per farsi supplire ciò che manca alla loro legittima: lo che i dottori in alcuni paesi chiamano *azione* ESPLETORIA (§. 3, *Inst.* e *L.* 30, *pr. Cod. h. t.*); 3.° che la prefata querela d' inofficiosità ha soltanto luogo: 1.° se la diredazione sia avvenuta per una giusta causa, ma falsa; o 2.° se i genitori sieno stati preterìti da' loro figli; se i figli, o i nipoti sieno stati preterìti dalla madre o dall' avolo materno; se gli emancipati dal loro padre, o i fratelli da' loro fratelli, i quali avessero preferito una persona infame, perchè risguardo a siffatte persone la preterizione equivale alla diredazione (§. 5, *Inst. de exhered. lib.*) (§. 526 e 527); 3.° se la causa della diredazione sia giusta ma non espressa nel testamento. (§. 528, 5).

§. 583. E siccome accordasi a coloro cui è dovuta la legittima, ne segue (§. 527) che si possa intentare: 1.° da' figli suoi legittimi (e non dagli illegittimi, eccetto in riguardo alla madre) *L.* 29, §. 1, *D. h.* t.); 2.° dagli emancipati e dai postumi ingiustamente diredati o preterìti dalla madre o dall'avolo materno; 3.° da' genitori dell' uno e dell' altro sesso diredati o preterìti (*L.*1 e 30, *D.h.t.*); 4.° da' fratelli e dalle sorelle germani e consanguinei (*b*) diredati o preterìti se fossero posposti ad

(*a*) Anticamente davasi a tutti i parenti anzi anche agli estranei amici, VALERIO MASSIMO *lib.* 7, *cap.* 7. Ma introdotta la legittima il prefato rimedio fu concesso soltanto a coloro a' quali era dovuta questa porzione, *L.* 1, *D. h. t.* Dal che raccogliamo di passaggio che la cennata querela e la legittima non abbiano la stessa origine, ma quest' ultima sia molto più recente, e che senza fallo sia stata introdotta secondo l' intenzione della legge Falcidia. Veggansi le nostre *Antichità romane h t.* §7.

(*b*) Così volle Costantino, *L.* 27, *C. h. t.*; ma puossi dire che al presente gli uterini godano lo stesso privilegio in forza della *Nov.* 18,

si ipsis persona infamis, vel levis notae macula laborans, praelata sit, L. 27, C. h. t. *Proximis non urgentibus, sequentes admittuntur secundum edictum successorium*, L. pen. pr. D. h. t.

§. 584. *Quum porro agi consueverit eo colore, ac si testator emotae mentis fuisset* (§. 580), *haud parum odiosa habebatur haec querela. Et inde est*: 1 *quod non detur, nisi in subsidium, si aliud remedium desit*, §. 2, Inst. h. t.; 2 *quod non detur exheredati heredibus, nisi praeparata*, L. 6, §. fin. D. L. 5, C. h. t., *praeterquam quod filius interea, dum heres scriptus deliberat, mortuus, etiam non praeparatam hanc querelam transmittit*, L. 34, C. h. t.; 3 *quod non detur elapso quinquennio*, L. 8, §. ult. D. L. 34, C. h. t.; 4 *nec si exheredatio bona mente facta*, L. 18, D. de liber. et posth.; 5 *nec si voluntas testatoris ab exheredato praeteritove vel expresse, vel tacite, agnita fuerit*, L. 17, pr. L. 10, D. h. t.; 6 *quod, qui in hac querela succumbit, legata relicta amittat*, L. 8, §. 14, D. h. t.; 7 *quod heredis quidem institutio rescindatur, sed legata aliaque capita salva sint iure novo*, Nov. CXV. c. 3, §. ult. et c. 4, §. ult.

TITULUS XIX.

De Heredum qualitate et differentia

§. 585. *Quia testamenta ex principiis Romanorum sunt veluti leges* (§. 493 *), *leges autem non nisi subditos tenent, sequitur, ut huic ultimae voluntati simpliciter teneantur parere, qui sunt in testatoris potestate; extranei non, nisi si sua sponte se illi submittant.*

§. 586. *Potestati testatoris dominicae subsunt SERVI; patriae LIBERI; reliqui omnes EXTRANEI sunt.* Servos *ergo iura nostra vocant HEREDES NECESSARIOS*; liberos *in potestate constitutos SUOS et NECESSARIOS*; extraneos *VOLUNTARIOS*, pr. Inst. h. t. L. 15 et 16, D. de adquir. vel amitt. hered.

§. 587. *NECESSARII heredes sunt* servi proprii, sive *cum libertate, sive* sine ea (§. 536) instituti; qui, sive velint, sive nolint, a morte testatoris et liberi sunt, et ipso iure heredes, §. 1, Inst. h. t. L. 57, §. 2, D. de adquir. vel amitt. her. *Rationem huius iuris iam reddidimus supra* (§. 119).

§. 588. *SUI et NECESSARII* sunt liberi in potestate te-

---

merito existimamus. Id quod et Graeci videntur observasse Basil. 39 et 56, *THEOPHIL.* ad § 1, Inst. h. t. *HARMENOP. Promtuar. V.*6,2.

una persona infame o di cattiva riputazione (*L.* 27, *Cod. h. t.*); se i parenti più prossimi non intentano quest' azione, vengono ammessi coloro che seguono secondo l' ordine di successione stabilito dall' editto successorio (*L. penult. pr. D. h. t.*).

§. 584. E siccome la prefata azione intentavasi col dichiarare il testatore in istato di mente guasta (§. 580), così una cosiffatta querela risguardavasi sempre odiosa. Dal che risulta : 1.° che non accordavasi che sussidiariamente in mancanza di qualunque altro rimedio (§. 2 , *Inst. h. t.*); 2°. che non accordavasi agli eredi del diredato, se non preparata (*L.* 6 , §. *fin. L.* 5 , *Cod. h. t.*); ma se il figlio fosse morto , mentre l' erede istituito delibera , trasmette una siffatta querela anche non preparata (*L.* 34, *Cod. h. t.*); 3.° che scorsi cinque anni non più accordasi (*L.* 8, §. *ult. D. L.* 34, *Cod. h. t.*); 4.° come pure se la diredazione sia stata fatta con buona intenzione (§. 18 , *D. de lib. et posth.*); o 5.° nè tampoco se la volontà del testatore sia stata approvata o espressamente o tacitamente dal diredato o preterito (*L.* 17 , *pr. L.* 10 , *D. h. t.*) ; 6.° che chi succumbe in questa querela perde i legati che gli erano stati lasciati (*L.* 8, §. 14, *D. h. t.*); 7.° che l'istituzione dell' erede sia rescissa, ma in vigore del dritto nuovo restino saldi i legati e gli altri capi del testamento *Novel.* 115, *cap.* 3, §.*ult. cap.* 4, §.*ult.*).

TITOLO XIX.

Della qualità e differenza degli eredi.

§. 585. Poichè i testamenti , secondo i princìpi de' Romani, sono una specie di legge (§. 493, *), e le leggi non obbligano che coloro che ubbidiscono a colui che le detta , ne segue che quest' ultimo atto di volontà non obbliga che coloro che sono sotto la potestà del testatore , e non già gli estranei, purchè non vi si sottopongano spontaneamente.

§. 586. Il testatore ha sotto la potestà dominicale i suoi SERVI, e sotto quella paterna i FIGLI; tutti gli altri sono estranei. Quindi pel nostro dritto i servi sono chiamati EREDI NECESSARI; i figli in nostra potestà diconsi eredi SUOI e NECESSARI; gli estranei eredi VOLONTARI (*pr. Inst. h. t. L.* 15 e 16, *D. de adquir. vel amitt. hered.*).

§. 587. Gli eredi NECESSSARI sono i nostri *servi propri*, *istituiti con o senza libertà* (§. 536), *e che dal momento che muore il testatore , divengono liberi ed eredi di pieno dritto sia che il vogliano o non il vogliono* (§. 1, Inst. h. t. L. 57, § 2, D. de adquir. vel amitt. her.) Abbiamo rassegnato la ragione di una siffatta disposizione al § 119.

§. 588. Gli eredi *suoi e necessari*, sono i *figli in potere del*

---

cap. 4 , il che sembra di essere stato da' Greci osservato , *Basil* 29 *e* 56 , THEOPH. *ad* §. 1 , *Inst. h. t.* HARMENOP. *Promtuar. V. b.*

o-
statoris, tempore mortis, ita constituti, ut postea in alterius p
testatem recasuri non sint (*a*), §. 2, Inst. h. t. L. 33, §. 1,
D. de testam. milit. *SUI ergo dicuntur partim, quia in pot*e-
state ac dominio parentis sunt (§. 136), *partim, quod vivo pa-
tre quodammodo domini habentur* (*b*), *et hinc sibi ipsis veluti
succedere, et* αὐτοκληρόνομοι *sibimet ipsis heredes esse censentur*,
§. 2, Inst. h. t. *NECESSARII autem, quia et ipsi iure ci-
vili, sive velint, sive nolint, heredes parentum ex testamento
et ab intestato fiunt*, §. 2, Inst. h. t.

§. 589. *Quia tamen heres succedit in iura omnia defuncti
testatoris* (§. 534), *adeoque filius ita omne aes alienum pa-
tris dissolvere vel ignominiam illam, ut bona hereditaria suo
nomine a creditoribus possideantur, subire tenetur* (§. 119*);
praetor et suis *dedit BENEFICIUM ABSTINENDI, impu-
beribus, etiamsi se immiscuerint, puberibus, si se non immi-
scuerint; nec per eos factum fuerit, quo quid ex ea hereditate
amoveretur*, §. 2, Inst. h. t. L. 57, pr. L. 11, et 12, et 71,
§. 4, D. de adquir. vel amitt. hered. *Inde ergo fluit axioma*:
heredes sui hereditatem ipso iure adquirunt, §. 3, Inst. de hered.
quae ab intest. def.

§. 590. *Ex quo consequitur*: 1 *ut non adeant hereditatem,
sed statim a morte testatoris in eius ius succedant*, d. §. 3,
Inst. de hered. quae ab intest. defer.; 2. *ut non dicantur PRO
HEREDE GERERE, sed SE IMMISCERE*; 3 *ut hereditatem
non REPUDIASSE dicantur, sed ab eadem ABSTINUIS-
SE*; 4 *ut hereditatem etiam non aditam ad quoslibet heredes
suos et extraneos transmittant*, L. 3, C. de iur. delib.

§. 591. *VOLUNTARII sunt* quivis extranei. *Qui quum
voluntati ultimae testatoris parere non teneantur, nisi se illi sua
sponte submittant* (§. 585); *hereditatem testamento sibi dela-
tam suo arbitrio et* adquirere et omittere *possunt*.

§. 592. *ADQUIRUNT ergo hereditatem*, vel expresse hanc
voluntatem suam declarando; vel eamdem tacite factis et reipsa
significando. *Prior modus stricte ADITIO*; *posterior PRO HE-
REDE GESTIO vocatur*, §. 2, Inst. h. t. *Prior est actus
legitimus* (§. 70), L. 77, D. de reg. iur.; *posterior nullum
sollemnitatem exigit. PRO HEREDE* enim *GERERE dicitur*,
qui aliquid quasi heres et animo heredis facit, *v. c. agros colens
pecuniam foeneri locans, credita exigens*, §. ult. Inst. h. t.;

(*a*) *Si enim recidunt in potestatem patris, adeunt hereditatem iussu
patris; adeoque non sunt ipso iure heredes.*

(*b*) *Hinc et* heri *minores dicuntur. Eleganter apud PLAUTUM*
Trinum act. 2, scen. 2, vers. 48, *Lysiteles patri, quaerenti, an de suo
benefacturus sit Lesbonico? Respondet: De MEO, nam quod tuum est,
meum est, omne meum autem tuum.*

testatore, *ma che dopo la sua morte non ricadono in potere di un altro*. (§ 2, *Inst. h. t. L.* 32, § 1. *D. de test. milit.*). Chiamansi SUOI non solo perchè sono in potere e in dominio di loro padre (§. 136), (*a*) ma altresì perchè vivente il testatore sono in qualche modo proprietarj (*b*), e supponesi che succedano a loro stessi ed essere loro eredi propri (§. 2, *Inst. h. t.*). Diconsi NECESSARI perchè per dritto civile o vogliono o pur no sono eredi di loro padre sia con testamento o *ab intestato* (§. 2, *Inst. h. t.*).

§. 589. E poichè l'erede succede a tutt' i dritti del testatore defunto (§. 534), e che per conseguenza il figlio dee pagare tutt' i debiti di suo padre, o soffrire l'onta di veder vendere sotto suo nome i beni della successione (119,*); il pretore accordò agli eredi *suoi* il BENEFICIO DI RIFIUTARE L'EREDITA' (*abstinendi*), agl' impuberi ancorchè si fossero mischiati, non che a' puberi se non si sieno immischiati, e per di loro mezzo non siasi tolta via qualche cosa dall' eredità (§. 2, *Inst. h. t. L.* 57, *pr L.* 11, 12 e 71, §. 3, *D. Inst. de acquir. vel amitt. hered.*) Dal che l' assioma: *Gli eredi suoi acquistano l' eredità di pieno dritto* (§. 3, *Inst. de hered. quae ab intest. defer.*)

§. 590. Dal che segue: 1.° che gli eredi suoi non adiscano all' eredità, ma morto il testatore tosto succedono a tutt' i suoi dritti (*D.* §. 3, *Inst. de hered. quae ab intest. defer.*). 2.° che non FACCIANO ATTO ALCUNO DA EREDE, ma si IMMISCHIANO; 3.° che non RIFUTINO l' eredità, ma se ne ASTENGONO; 4.° che trasmettano a qualunque erede proprio e altresì agli estranei l' eredità non ancora accettata (*L.*3, *C.de iure delib.*).

§. 591. Tutti gli estranei sono eredi VOLONTARI. Siccome non sono obbligati di ubbidire all' ultima volontà del testatore, a meno che non vi si sottopongano spontaneamente (§. 585), così possono allorchè li viene una eredità deferita con testamento *accettarla* o *rifiutarla*.

§. 592. ACQUISTONO quindi l'eredità o col dichiarare *espressamente* la loro volontà, o *tacitamente* col manifestare questa volontà co'fatti e colla cosa stessa. Il primo modo dicesi, rigorosamente parlando, ADIZIONE; il secondo ATTO DA EREDE (§. 1, *Inst. h. t.*). Il primo è un atto legittimo (§. 70) (*L.* 77, *D. de reg. jur.*); il secondo non richiede alcuna solennità. Imperocchè FAR ATTO DA EREDE significa far qualche cosa da erede e nella intenzione di erede; a cagion di esempio, col coltivare i terreni, col dare a mutuo il danaro dell'ere-

---

(*a*) Imperocchè se ricadono sotto la potestà del padre accettano con suo permesso l'eredità, e per conseguenza non divengono eredi di pieno dritto.

(*b*) Laonde diconsi *secondi padroni*. In PLAUTO *Trinum.* atto 2, *SC*, 2, *v.* 48. Lisitole allorchè suo padre gli dimanda se debba gratificare Lesbonico del suo proprio patrimonio, risponde: *Del mio*, *avvegnachè ciò ch' è mio è tuo.*

nisi vel ex testatione, vel aliis argumentis adpareat eum id non animo heredis, sed pietatis et custodiae caussa fecisse L. 20, pr. §. 1, D. de adquir. vel amitt. her.

§. 593. *Quum ergo uterque modus sit voluntatis significatio* (§. 592), *sequitur*: 1 *ut adire hereditatem non possint furiosi, mente capti, infantes*, L. 93, D. eod. L. 40, D. de reg. iur. §. 9, Inst. de inut. stipulat, *pro quibus parentes, vel tutores, curatoresve, adeunt*, L. 18, pr. §. 1, 2, C. de iur. delib. L. ult. §. 3, C. de curat. fur.; 2 *ut pupilli infantiae pubertative proximi et minores, non nisi auctore tutore vel consentiente curatore adeant*, (§. 253) L. 18, §. fin. C. de iur. delib.; 3 *ut filiifamilias hereditatem adeant iussu pâtris, quamvis iure novo filius iustae aetatis et invito patre hereditatem adire possit, et eo casu plenam huius peculii adventitii proprietatem sibi adquirat* (§. 481, 1.°) L. ult. pr. §. 1 e 2, C. de bonquae lib.

§. 594. *Ex eodem sequitur*, 4 *ut aditio ultro fieri, adeoque vis et coactio abesse debeat*, L. 6, §. ult. D. de adquir. vel amitt. hered. L. 16, C. de iur. delib.; 5 *ut adiri debeat hereditas tota, non pars* (§. 481, 3), L. 1, L., et 55, D. h. t.; 6 *ut quidem ea declaratione institutus fiat heres, sed possessionem non adquirat, nisi naturaliter adprehensam*, L. 23, pr. D. de adquir. vel amitt. possess.

§. 595. *Quumque aditio sit actus legitimus* (§. 592), *porro inferendum*, 7 *hereditatem adiri non posse per procuratorem*, L. 90, pr. D. h. t. L. 123, D. de reg. iur.; 8 *nec sub conditione*, L. 51, §. ult. D. de adquir. vel omitt. hered. L. 77, de reg. iur.

§. 596. *Postremo quum utroque modo hereditas adquiratur* (§. 592), *consequens est* 9 *ut hereditas non adita non transmittatur*, L. un. §. 5, C. de caduc. toll., *nisi a liberis sui iuris, qui ad descendentes tantum eam transmittunt*, L. un. C. qui ante apert. tab. hered. transmitt.; 10 *ut heres post aditam hereditatem in universum ius defuncti succedat, adeoque et iure accrescendi gaudeat* (§. 491, 3), L. 33 et 53, §. 1, L. 80, D. de adquir. vel amitt. hered. *et aes alienum quantumcumque solvere teneatur pro portione hereditaria, licet hereditas solvendo non sit*, L. 10, C. de iur. delib.; 11 *ut is, qui hereditatem adiit, cum legatariis et fideicommissariis quasi contraxisse censeatur, atque inde hi legata et fideicommissa actione personali ex testamento ab eo petere possint*, §. 5, Inst. de oblig. quae quasi in contr.

§. 597. *Quia vero paullo durior haec est heredis conditio, hinc duplex proditum est beneficium, alterum a praetore quod*

dità, coll' esigerne i crediti, purchè dalle proteste e da altri argomenti non apparisca essersi ciò fatto non coll'intenzione di erede, ma per sentimento di pietà e per custodia della cosa (*L.* 20, *pr.* §. 1, *D. de adquir. vel am. her.*).

§. 593. Poichè entrambi i modi dunque sono una manifestazione della volontà (§. 592), ne segue: 1.° che l'eredità non si possa accettare da' furiosi, da' mantecatti, da' ragazzi (*L.* 93, *D. eod. L.* 40, *D. de reg. iur.* § 9, *Inst. de inut. stip.*), pe'quali adiscono i genitori, i tutori e i curatori (*L.* 18, *pr.* §. 2, 1 e *Cod. de jur. delib. L. ult.* § 3, *Cod. de curat fur.*); 3.° che i pupilli prossimi all' infanzia o alla pubertà e i minori non possano accettare senza l'autorizzazione del tutore o il consenso del curatore (§. 253) (*L.* 18, *fin. Cod. de jur. delib.*); 3.° che i figli di famiglia adiscano all' eredità coll' ordine del padre; sebbene in vigore del nuovo dritto un figlio di famiglia di età legittima possa, malgrado suo padre, accettare una eredità, e in siffatto caso acquista per sè stesso la piena facoltà di questo peculio avventizio (§. 482, 1.°) (*L. ult. pr.* §. 1 e 2, *Cod. de bon. quae lib.*).

§. 594. Dallo stesso principio emerge 4.° che l'adizione debba farsi spontaneamente, e non forzata e nè coattiva (*L.* 6, §. *ult. D. de adquir. vel amitt. her. L.* 16, *Cod. de jur. delib.*); 5.° che debbasi accettare nella totalità e non in parte (§. 481, 3.°) (*L.* 1, e 55 *D. eod.*); 6.° che con siffatta dichiarazione l' istituito diventa erede, ma non acquista il possesso che colla naturale appreenzione delle cose ereditarie (*L.* 23, *pr. D. de adquir. vel amitt. poss.*).

§. 595. E poichè l' adizione è un atto legittimo (§. 592) bisogna conchiuderne 7.° che l'eredità non si possa acquistare mediante procuratore (*L.* 90, *pr. D. h. t. L.* 123, *D. de regulis juris*), nè sotto condizione (*L.* 51, §. *ult. D. de adquir. vel amitt. her. L.* 77, *D. de reg. jur.*).

§. 596. Finalmente, siccome l'eredità acquistasi nell' uno e nell' altro modo (§. 592), ne segue 9 che non accettata non trasmettesi (*L. un.* §. 5, *Cod. de caduc. toll.*), se non da' figli indipendenti (sui juris); i quali la trasmottano soltanto a' loro discendenti (*L. un. Cod. quì ante apert. tab. hered. transmit.*); 10.° che l'erede, acquistata l' eredità, succeda a tutt' i dritti del defunto e per conseguenza gode del dritto di accrescimento (§. 491, 3.°) (*L.* 33 e 53 §. 1, *L.* 80 *de adquir. vel amitt. hered.*), ed è tenuto di pagare i debiti al *prorata* della sua porzione creditaria, ancorchè l'eredità fosse insufficiente (*L.* 10, *Cod. de jur. delib.*); 11.° che colui che abbia accettata l' eredità presumesi aver fatto un *quasi-contratto* co' legatari e fedecommessari, e che per conseguenza questi possono domandargli i loro legati e fedecommessi coll' azione personale in vigore di testamento (§. 5, *Inst. de oblig. quae quasi ex contr.*).

§. 597. Ma siccome siffatta condizione di eredità era troppo dura s' introdussero per ciò due benefici: l' uno detto DRITTO

IUS DELIBERANDI; *alterum a Iustiniano*, *quod BENEFICIUM INVENTARII dicitur.*

§. 598. *IUS DELIBERANDI est* spatium heredi instituto concessum ad deliberandum, utrum adire hereditatem, an eamdem repudiare consultius sit, §. 5, Inst. h. t. L. 9, C. de iur. delib. *Idque spatium olim*, *instantibus creditoribus*, *erat arbitrarium*; *iure novo a principe annus*, *a iudice novem menses conceduntur*, *modo illud spatium intra annum a die scientiae petatur*, L. ult. §. 13, C. eod. *Si nemo urget*, *heres etiam intra triginta annos adire potest*, L. 9, C. de iur. delib. L. 7, C. de her. petit.

§. 599. *BENEFICIUM INVENTARII est* ius, quo heres, rite confecto inventario, post aditam hereditatem ultra vires hereditatis non tenetur, §. 6, Inst. h. t. L. ult. §. 2, 3 e 4, C. de iur. delib. *Rite autem fit inventarium*: 1 *si intra triginta dies a momento notitiae inchoetur*; 2 *si intra alios LX dies*, *vel in locis dissitis*, *vel absentibus heredibus intra annum perficiatur*; 3 *adhibitis tabellionibus*; 4 *citatis iis*, *quorum interest*, *veluti legatariis et creditoribus*; 5 *aut istis absentibus*, *convocatis tribus testibus*; 6 *si repertorio perfecto*, *heres vel ipse subscribat*, *et rerum summam exprimat*, *vel scribendi imperitus tabbellionem subscribere iubeat*, d. L. ult. §. 2 e 3, C. de iur. delib. Nov. I. cap. 2, §. 1.

§. 600. *Haec de adquirenda hereditate. Eamdem extraneus suo arbitrio potest REPUDIARE* (§. 591), *eamque in rem denuo vel expressis verbis significat voluntatem*, *vel tacite reipsa et factis*, L. 95 et 77, fin. D. de adquir. vel omitt. hered. *Unde eadem hic observanda*, *quae observavimus* §. 593. seq.

TITULUS XX.

De Legatis.

§. 601. *Hactenus de hereditate per testamentum delata. Quandoquidem vero et LEGATA testamentis relinqui solent*, *tractationem de his Iustinianus intermiscet doctrinae de testamentis*, *quum tamen de illis*, *tanquam modo adquirendi singulari*, *statim post titulum de donatione agi debuisset* (§. 483).

§. 602. *Est vero LEGATUM* delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum vult, verbis directis (*a*), L. 116, pr. D. de legat. 1. *Un-*

(*a*) *Unde eleganter ULPIAN.*, tit. 24, §. 1, Legatum est, quod *LEGIS MODO*, id est, imperative, testamento relinquitur.

DI DELIBERARE introdotto dal pretore; l'altro BENEFICIO D'INVENTARIO da Giustiniano.

§. 598. Il DRITTO DI DELIBERARE *è un dato spazio di tempo accordato all'erede per deliberare se giova o pur no l'accettare l'eredità* (§. 5, *Inst. h. t. L.* 9, *Cod. de jur. delib.*). Anticamente siffatto intervallo di tempo in caso d'istanza di creditori era arbitrario; col nuovo dritto il principe lo accorda per un anno, il giudice per nove mesi, purchè si domandi fra l'anno a contare dal giorno della conoscenza dell'aperta successione (*L. ult.* §. 13, *Cod. eod.*). Se niuno fa premura, l'erede ha tre anni a deliberare (*L.* 9, *Cod. de jur. delib. L* 7, *Cod. de pet. hered.*).

§.599. *Il BENEFICIO D'INVENTARIO è un dritto pel quale l'erede che ha fatto l'inventario in regola dopo accettata l'eredità, non è tenuto al di là di ciò che l'eredità comporta* (§. 6, *Inst. h. t. L. ult.* §. 2, 3 e 4, *Cod. de jur. delib.*). L'inventario è in regola: 1.° se siasi cominciato fra' trenta giorni a contare dal momento in cui si ebbe conoscenza dell'apertura della successione; 2.° se siasi terminato in sessanta giorni, o pure nell'anno, allorchè gli eredi fossero lontani o assenti; 3.° se sieno intervenuti i notai; e 4.° coloro che vi hanno interesse, come i legatari e creditori; 5.° in loro assenza tre testimoni; 6.° se terminato l'inventario l'erede lo sottoscriva ed esprime il totale, e se non sappia scrivere lo farà sottoscrivere dal notaio (*L. ult.* §. 2 e 3, *Cod. de jur. delib. Nov.* 1, *cap.* 2, §. 1.).

§. 600. Ecco tutto ciò che risguarda l'acquisto dell'eredità. L'estraneo istituito può rifiutare l'eredità a suo piacere (§.591); e può esprimere la sua volontà o espressamente o tacitamente, col fatto e colla cosa stessa (*L.* 95 e 77, *fin. D. de adquir. vel amitt. her.*); e qui è uopo di fare le stesse osservazioni fatte su' §. 593 e seguenti.

TITOLO XX.

De' legati.

§. 601. Finora abbiamo trattato dell'eredità deferita per testamento. E siccome i legati soglionsi pure lasciare con testamento, così Giustiniano ha innestato questa dottrina a quella de' testamenti, sebbene avrebbe dovuto occuparsi de' legati dopo delle donazioni, come modo di acquistare a titolo singolare (§. 483).

§. 602. Il LEGATO *è una porzione dell'eredità che il testatore con parole dirette vuole che conferiscasi ad alcuno dalla totalità de' beni lasciati all'erede* (a) (*L.* 116, *D. de le-*

(a) Quindi ULPIANO, *Fragm. tit.* 24, §. 1, definisce con esattezza il *legato* dicendo: *Il legato è quello che si lascia in* FORMA DI LEGGE, *cioè con termini imperativi e con testamento.*

de magna erat inter legata *et* fideicommissa particularia *differentia. Nam* 1 *illa verbis directis* ; *haec obliquis* ; 2 *illa testamento*, *vel codicillis testamento confirmatis* ; *haec codicillis etiam non confirmatis*, *immo nutu*, *ULPIAN*. Fragm. tit. 25, §. 3 e 8 ; 3 *illa non nisi latine*, *haec et graece relinquebantur*, *ULPIAN*. ib. §. 9 ; 4 *illorum strictior*, *horum benignior erat interpretatio*, L. 16, C. de fideic.

§. 603. *Legata erant quadruplicia. Alia enim*: *I* per *VINDICATIONEM relinquebantur*, *verbis*: *Do*, lego, sumito, capito, habeto. *Alia II* per *DAMNATIONEM*; *verbis*: Heres *damnas esto dare*, *dato*, *facito* ; eum dare, facere jubeo. Alia *III* per *PRAECEPTIONEM*, verbis: *Heres* praecipito, praecipuam rem accipito. *Huiusmodi enim legatum tantum uni ex coheredibus relinquitur. Alia IV SINENDI MODO*, *verbis*: Heres sinito legatarium sumere vel habere, §. 2, Inst. h. t. *ULPIAN*. Fragm. tit. 24, §. 2, seq.

§. 604. *Inter haec quoque magna olim erat differentia. Nam legatum per vindicationem legatarium dominum quiritarium* (*a*) *faciebat a tempore aditae hereditatis*, *adeoque is legatum petebat actione in rem* ; *legata per damnationem*, *et sinendi modo*, *actione ex testamento*; *legata per praeceptionem*, *iudicio familiae erciscundae petebantur*, *THEOPH*. Paraphr. §. 2, Inst. h. t.

§. 605. *Sed iure novo discrimen non modo legatorum et fideicommissorum*, §. 3, Inst. h. t. L. 1, D. de legat. 1, L. 2, C. comm. de legat. et fideic. *sed et ipsorum legatorum per vindicationem*, *damnationem*, *praeceptionem et sinendi modo relictorum*, *quod ad effectum*, *prorsus sublatum est*, §. 1, Inst. h. t. L. 15, C. de test.; L. 1, C. commun. de legat. et fideicommiss.

§. 606. *Unde observanda axiomata* : *I* omnia legata et fideicommissa, quibuscumque relicta verbis et formulis, eiusdem hodie effectus sunt, d. §. 2, Inst. h. t. et L. 1, C. comm. de leg.; *II* legata quoque et fideicommissa ita per omnia exaequata sunt, ut, quod deest legatis, repleatur ex natura fideicommissorum ; et si quid amplius est in legato, per hoc fideicommisso-

---

(*a*) *Nec etiam omnes res eodem modo legari poterant. Per* vindicationem *enim et* praeceptionem *legabantur res*, *quae tempore mortis et testamenti factionis testatoris erant ex iure quiritium*, *praeterquam fungibiles*, *quas mortis tempore in eius dominio esse sufficiebat*; per damnationem *res quaelibet*, *etiam quae non erant testatoris* ; sinendi modo *res propriae testatoris et heredis*. *ULPIAN*. tit. 24. §. 7. seq.

gat. 1. Da ciò la differenza tra' legati e i fedecommessi particolari; avvegnachè: 1.° i primi formavansi con espressioni dirette; i secondi in termini indiretti o obbliqui; 2.° i primi con testamenti, o in codicilli confirmati da testamento; i secondi in codicilli anche non confirmati da testamenti, anzi col solo cenno (ULP. *tit.* 25, §. 3 e 8); 3.° i primi soltanto in latino; i secondi anche in greco (ULP., *tit.* 25, §. 9); 4.° l'interpetrazione de' primi era ristrettiva, quelli de' secondi men rigorosa (*L.*16, *Cod. de fideicom.*).

§. 603. I legati erano di quattro specie 1.° alcuni si lasciavano per REVINDICAZIONE con questi termini *Dò*, *lego*, *prendete*, *impadronitevi*, *abbiate*; 2.° altri per CONDANNA dicendo : *Mio erede*, *siate condannato a dare*, *voglio che tu faccia*, *voglio che tu dii*; 3.° altri per ANTEPARTE *o a titolo* di PRECAPIENZA colle parole : *Mio erede*, *prendete con anticipazione*, *prelevate questa cosa.* Il legato di tal fatta si lasciava ad uno de' coeredi. Finalmente 4.° PER MODO DI PERMISSIONE : *Mio erede permettete che il mio legatario prenda*, *o abbia per sè.*

§. 604. Anticamente eravi gran differenza tra queste diverse specie di legati. Imperocchè il legato per *revindicazione* dava al legatario il dominio quiritario (*a*) dal tempo dell' accettazione dell' eredità, e per conseguenza questi domandava il suo legato coll' *azione reale.* I legati per *condanna* e *per modo di permissione* chiedevansi coll' azione *di testamento*; quelli *per anteparte* coll' azione di divisione di eredità (THEOPH. §. 2, *Inst. h. t.*).

§. 605. Ma il dritto nuovo ha non solo abolita la differenza tra' legati e i fedecommmessi (§. 3, *Inst. h. t. L.* 1, *D. de legat. L.* 2, *Cod. comm. de leg. et fideicom.*); ma altresì in quanto agli effetti la distinzione tra' legati per revindica, per condanna, per anteparte, per modo di permissione (§. 2, *Inst. h. t.*; *L.* 15, *Cod. de test.*; *L.* 1, *Cod. comm. de legat. et fideicomm.*).

§. 606. Dal che derivano gli assiomi seguenti : 1.° *tutt' i legati e fedecommessi in qual si voglia termini e con qualunque formola lasciati hanno al presente sempre lo stesso effetto* (*D.* §. 2, *Inst. h. t. e L.* 1, *Cod. comm. de leg.*); 2.° *i legati ed i fedecommessi sono stati talmente eguagliati in tutto*, *che quel che manca a' primi si supplisce colla natura de' secondi*, *di modo che ciò che manca ne' legati suppliscesi colla natura de' fedecommessi*, *e se nel legato ci sia qualche cosa dippiù è*

(*a*) Nè tutte le cose potevansi legare nello stesso modo. Legavansi per *revindicazione* e per *antiparte* le cose ch' erano nel dominio quiritario del testatore all' epoca in cui faceva testamento, e a quella della sua morte, tranne le cose fungibili, per le quali bastava di averne avuto la proprietà nel tempo della morte; legavasi per *condanna* qualunque cosa e anche quelle che non appartenevano al testatore; per modo *di permissione*, le cose del testatore a quelle dell' erede, ULP. *tit.* 24, §. 7 *e segu.*

rum natura crescat, §. 3, Inst. h. t. L. 1, D. de legat. 1, L. 2, C. comm. de leg. et fideic.; *III* legatae speciei dominium sine traditione (§. 339 **) ad legatarium transit statim a morte testatoris, adeoque et dies legati pure relicti ab eodem tempore cedit, L. 80, D. de legat. 2, L. 64, D. de furt.; *IV* legata sine solemnitate, adeoque etiam in codicillis relinquuntur, L. 8, §. 6 D. de iur codicil. *adhibitis modo quinque testibus*, L. ult. §. ult. C. de codicill.

§. 607. *Quum ergo legatum sit delibatio hereditatis, qua testator alicui quid collatum velit* (§. 602), *sequitur*: 1 *ut legare et fideicommittere possit, qui potest testari*, L. 2, et 114, pr. §. 1, D. de legat. 1; 2 *ut eo iure destituantur omnes, quos testamenta facere non posse diximus* (§. 514 seq.).

§. 608. *Hinc et legata et fideicommissa relinqui possunt* 3 *omnibus, qui iure capiunt ex testamento* (§. 536 seq.), *non incapacibus, excepto legato alimentorum*, L. 11, D. de alim. leg. *Ergo etiam recte relinquuntur*, 4 *personis incertis* (§. 538), §. 25, Inst. h. t.; 5 *pauperibus*, L. 24, C. de Episc.; 6 *Ecclesiis*, eod. L. 1, C. de eccl.; 7 *civitatibus*, L. 117, D. de leg. 1; 8 *collegiis licitis*, L. 1, §. 15, D. ad SC. Trebell.; 9 *posthumo alieno*, §. 26. Inst. h. t. *Ergo* 10 *inutiliter legatur servo heredis* (a), *nisi sub conditione*, §. 32, Inst. h. t. arg. L. 116, §. 1, D. de leg. 1.

§. 609. *Quia deinde omnium legatorum et fideicommissorum hodie eadem natura est* (§. 606), *sequitur*: 1 *ut legari possit ab omnibus, ad quos quidquam a testatore pervenit*, L. 92, §. ult. D. de legat. 1, *adeoque non solum ab herede, sed et a legatario et fideicommissario, eorumve heredibus*, pr. Inst. de sing. reg. per fideic. relict., *dum ne onerentur ultra, quam honorati*, §. 1, Inst. eod., *aut legatario res sua legetur, quod legatum est inutile, nisi vivo testatore eam alienaverit ob*

(a) *Legatum est delibatio hereditatis, qua quid in alium voluntate testatoris conferendum* (§. 602). *Atqui si servo heredis legatum praestaretur, illud servus adquireret heredi* (§. 470), *adeoque nulla fieret hereditatis delibatio. Ergo ei legari nequit, nec convalescit legatum, si servus vivo testatore potestate heredis exierit, ob regulam Catonianam in legatis et hereditatibus receptam, de qua supra* (§. 514,*). *Ad conditionales autem dispositiones regula Catoniana non pertinet*, L. 4 D. de reg. Caton.

pe' fedecommessi un accrescimento (§. 3, *Inst. h. t. Leg.* 1, *D. de Leg.* 1, *L.* 2, *Cod. comm. de leg. et fideicomm.*); 3.° *la proprietà della specie ch' è stata legata passa senza tradizione* (§. 339, **) *al legatario dall' istante delle morte del testatore e per conseguenza il giorno del legato puro e semplice scade da quello stesso giorno* (*L.* 80, *D. de leg.* 2, *L.* 64, *D. de furt.*); 4.° *i legati, si fanno senza solennità e si possono per conseguenza lasciare anche ne' codicilli L.* 8, §. 6, *de jur. codic.*), *purchè vi sieno cinque testimoni* (*L. ult.* §. *ult. Cod. de codic.*).

§. 507. Essendo dunque il legato una porzione dell' eredità colla quale il testatore vuol fare una liberalità verso un terzo (§. 602), ne segue, 1.° che possa legare e far fedecommesso colui che può testare (*L.* 2 e 114, *pr.* e §. 1, *D. de leg.* 1); 2.° che non godano di siffatto dritto coloro che non possono testare (§. 514 e segn.).

§. 608. Quindi i legati e fedecommessi possonsi lasciare 3. a tutti coloro che possono ricevere con testamento (§. 536 e segu.), ma non agl' incapaci, eccettò il legato di alimenti (*L.* 11, *D. de alim. leg.*). Si possono adunque legittimamente lasciare 4.° alle persone incerte (§. 538), (§. 25, *Inst. h. t.*); 5.° a' poveri (*L.* 24 *C. de Episc.*) (lo stesso §.(); 6.° alle Chiese (*L.* 1, *C. de eccl.*); 7.° alle città (*L.* 117, *D. de leg.*); 8.° alle corporazioni lecite (*L.* 1, §. 15, *D. ad SC. Trebell.*); 9.° al postumo soggetto alla potestà altrui (§. 26, *e segu. Inst. h. t.*). Quindi inutilmente legasi al servo dell' erede (*a*); se non sotto condizione (§. 32, *Inst. h. t. arg. L.* 116, §. 1, *D. de leg.* 1).

§. 609. Finalmente perchè al presente la natura di tutt'i legati e fedecommessi è la stessa (§. 606), ne segue: 1.° che si possa fare un legato su tutti quelli che han ricevuto qualche cosa dal testatore (*L.* 92, §. *ult. D. de leg.* 1), e per conseguenza non solo sull' erede, ma altresì sul legatario, il fidecommessario e i loro eredi (*Pr. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.*), purchè non sieno gravati al di là del loro emolumento (§. 1, *Inst. eod.*), o che non si lasci al legatario ciò che gli appartiene; legato del tutto inutile, eccetto se il legatario non lo abbia alienato vivente il testatore a causa della stessa regola

(*a*) Il le legato è una porzione dell' eredità colla quale qualche cosa conferiscesi ad un terzo per volontà del testatore (§. 602). Or se il legato si facesse al servo dell' erede, sarebbe acquistato per l' erede (§.470), e per conseguenza non ci sarebbe smembramento dell' eredità. Non si può dunque al servo lasciare legato, il quale non si può rendere valido ancorchè il servo, vivente il testatore, sia uscito dalla potestà dell' erede per la regola Catoniana ammessa pe' legati e per l' eredità, menzionata nella nota del §. 514. Ma la regola Catoniana è applicabile a' legati condizionali, *L.* 4, *D. de reg. Caton.*

eamdem regulam Catonianam §. 514,* *et sub eadem conditione rem legatario legaverit*, L. 1, §. ult. D. de reg. Caton. (§.608,*).

§. 610. *Ex eodem axiomate sequitur*, 2 *ut legari possint res omnes, quae in rerum natura existunt, vel existere possunt, tum corporales, tum incorporales, modo sint in commercio saltim legatarii*, L. 49, §. 1 e 3, D. de legat. 2; Arg. L. 34, D. de verb. obl.

§. 611. *Ergo legari possunt* 3 *res non solum praesentes, verum etiam futurae, veluti fructus in fundo nascituri* (*a*) §. 7, Inst. h. t. L. 24. pr. D. de legat. 1, L. 17 pr. D. de leg. 3.

§. 612. *Legari possunt* 4 *non solum propriae testatoris res, sed et alienae, eo effectu* (*b*), *ut heres aut eas redimat, aut, si non possit, aestimationem praestet arbitrio iudicis, nisi testator eas alienas esse ignoraverit*, §. 4, Inst. h. t., *aut eaedem, vivo testatore, iam tum a legatario titulo lucrativo sint adquisitae*. Duae *enim* lucrativae caussae in eumdem hominem et eamdem rem concurrere non possunt, §. 6, Inst. eod. L. 108, §. 1, D. de legat. 1.

§. 613. *Ex quo axiomate porro sequitur*: 1 *ut si titulo oneroso rem sibi legatam adquisiverit legatarius, pretium is ab herede iure repetat*, §. 6, Inst h. t.; 2 *ut, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, ac ex priore legatarius iam consequutus sit rem, ex altero aestimationem petere nequeat; sin ex priore aestimatione habeat, ex posteriore rem petere possit*, d. §. 6, Inst. h. t.; 3 *ut, si legatarius partem titulo oneroso, partem lucrativo adquisiverit; partis prioris tantum aestimationem petere possit*, L. 82, pr. seq. D. de legat. 1.; 4 *ut, si rei proprietatem sive usufructu titulo oneroso adquisiverit legatarius, finito usufructu, rem petens non nisi proprietatis aestimationem, deducto usufructu, officio iudicis consequatur*, §. 9, Inst. h. t.

§. 614. *Recte legantur* 5 *res oppignoratae, quas tunc heres luere tenetur, nisi testator ignoraverit esse oppignoratas, aut*

(*a*) *Tunc vero, si fundus adiectus* demostrationis *caussa in diversa propositione, veluti*: Amphoram vini do, lego, quae ex vinea Tusculana sumetur, *legatum, etiamsi nihil nascatur, debetur*, L. 12 D. de alim. legat. L. 13 D. de trit. vin. et ol. legat; *sin* taxationis caussa *in una eademque propositione, veluti*: Amphoram vini ex vinea Tusculana do, lego; *si nihil natum, nihil debetur*, L. 5 D. de trit. vin. ol. legat. L. 8 §. 2 D. de legat. 2.

(*b*) *Satis itaque patet, pontificem ignarum fuisse iuris romani, dum legatum rei alienae veluti iniquum exagitavit* cap. 5, D. de test.

Catoniana (§. 514, *), o che non abbia legato sotto siffatta condizione al legatario (*L.* 1, §. *ult.D. de reg. Caton.* (§. 608;*).

§. 610. Dallo stesso assioma deducesi 2 º che possonsi legare tutte le cose esistenti in natura o che possono esistere, sì corporali che incorporee, purchè sieno nel commercio almeno del legatario (*L.* 49, §. 1 e 3, *D. de legat.* 2; *Arg. L.* 34, *D. de verb. obl.*).

§. 611. Possonsi adunque legare 3.º non solo le cose presenti, ma altresì le future, come i frutti che nasceranno in un fondo (*a*) (§. 7, *Inst. h. t. L.* 24, *pr. D. de leg.* 1 e *L.* 17, *pr. D. de leg.* 3.).

§. 612. Si possono legare 4.º non solo la cose proprie del testatore, ma altresì quelle altrui (*b*) di modo che l'erede o le ricompri, o se nol possa dia l' equivalente ad arbitrio del giudice; purchè il testatore non abbia ignorato essere di proprietà altrui (§. 4, *Inst. h. t.*), o che, vivente il testatore, fossero state dal ligatario acquistate a titolo lucrativo. *Imperocchè due titoli lucrativi non possono concorrere in favore di una medesima persona e sull' istessa cosa* (§. 6, *Inst. eod. L.* 108, §. 4, *D. de leg.* 1.).

§. 613. Da questo assioma risulta 1.º che se il legatario abbia acquistato la cosa a titolo oneroso, ha il dritto di domandarne il prezzo all' erede (§. 6, *Inst. h. t.*); 2.º che se la stessa cosa sia dovuta alla medesima persona in virtù di due testamenti, e mercè del primo abbia ricevuto il legato, non può chiederne la valuta in vigore dell'altro; ma se in virtù del primo ne abbia ottenuto il prezzo, può in virtù dell' altro domandare la cosa legata (*D* §. 6, *Inst. h. t.*); 3.º che se il legatario abbia acquistato la cosa in parte a titolo oneroso e in parte a quello lucrativo, non può chiedere che soltanto il prezzo della prima parte (*L.* 82, *pr. segu. D. de leg.* 1); 4.º che se abbia acquistato a solo titolo oneroso la proprietà della cosa *senza usufrutto*, finito questo, se domanda il suo legato, non può ottenere altro con sentenza del magistrato se non la valuta della proprietà (*D.* §. 6, *Inst. h. t.*).

§. 614 Si possono legittimamente legare 5.º le cose gravate d' ipoteca, che l' erede è tenuto di purgare, eccetto che il testatore non abbia ignorato ch' erano ipotecate, o che non abbia

(*a*) Se il fondo sia stato aggiunto per indicazione in una proposizione incidentale come, a cagion di esempio: *Io lego un anfora di vino che si ricava dalla vigna tusculana*; benchè vino non se ne raccolga, il legato è dovuto *L.* 12, *D. de alim. leg. L.* 13, *D. de trit. vin. ol. leg.* Ma se aggiungasi per modo di determinazione in una stessa proposizione, per esempio: *Io lego un' anfora di vino della vigna tusculana*; se vino non se ne raccolga, nulla è dovuto, *L.* 5, *D. de trit. vin. ol. legat L.* 8, §. 2, *D. de leg.* 2.

(*b*) Conoscesi chiaramente che il pontefice fosse ignaro del dritto romano allorchè censurò come ingiusto il legato della cosa altrui, *cap*, 5, *D. de tes'am.*

expresserit, *lagatarium debere luere*, §. 5, Inst. h. t., *quod praesumitur*, *si universitas*, *veluti dos legata*, *eiusque res singularis oppignorata*, L. 15, D. de dot. praeleg.

§. 615. *Ergo et* 6 *non perit legatum rei*, *quam postea testator alienavit*, *modo id non fecerit consilio adimendi legatum*, *quod ex eo praesumitur*, *si alienatio non necessaria*, *sed voluntaria fuerit*, §. 12, Inst. h. t.; L. 11, §. 12, D. de leg. 3; L. 18, D. de adim. vel. transfer. legat.

§. 616. *Quumque et res incorporales recte legentur* (§.610): *nemo dubitat quin* 7 *et legatum NOMINIS*, *et* 8 *LIBERATIONIS utile sit. Illo enim testator in legotarium confert*, *quod sibi a tertio debetur*, *et heredem obstringit*, *ut legatario actiones cedat*, (a) §. 21, Inst. h. t. L. 45, §. 6. L. 75, §. 2, D. de legat.; *hoc heredem obligat ad reddendum chirographum*, *et quamvis actio heredis non exstinguatur*, *legatarius tamen exceptione doli tutus est*, L. 3, §. 2, de lib. legat. (b).

§. 617. *Utile quoque est* 9 *legatum DEBITI*, *id est*, *quo testator creditori suo legat*, *quod ei debet*, *dummodo plus sit in legato*, *quam in debito*: *v. c. si pure legatum*, *quod sub conditione vel ex die*, *debebatur*, §. 14, Inst. h. t. *Ita et creditor chirographarius hoc legato ius hypothecae consequitur*: *vel*, *si ei probationes desint*, *rem ex testamento petere potest*; *et sic praeterea habet actionem bonae fidei.*

§. 618. *Eiusdem naturae est* 10 praelegatum *DOTIS*, *partim quia sic uxor eam statim petere potest*, *quum alias annum expectare teneatur si dos sit mobilis*, §. 15, Inst. h. t. L. un. §. 6, C. de rei ux. act., *partim quod non obstricta est uxor legataria ad probationem illatae dotis*, *dummodo maritus testator certam quantitatem expresserit*, d. §. 15, Inst. h. t. L. 1 §. 7, seq. D. de dot. praeleg.

§. 619. *Recte etiam legatur*, 11 *non solum species*, *sed et* 12

(a) *Nomen ergo exigit legatarius iure sibi ab herede cesso*, *quia actio haec personalis soli heredi*, *defunctum rapraesentanti directe competit*, *non legatario*, *qui non succedit in iura testatoris. Sed hanc subtilitatem quodammodo sustulit ius novum*, *quo et legatario huic immediate actiones utiles adversus debitorem dantur*, L. 18 C. h. t.

(b) *Quid vero*, *si testator debitum vel exegerit*, *vel sponte solutum acceperit? An haec legata nominis et liberationis extinguntur? Negatur utroque casu*, *nisi consilio adimendi id fecerit*: *quod nec posteriore casu praesumitur*, *nec priore*, *si caussa exigendi fuerit necessaria*, L. 11 §. 12 et 13 D. de legat.

ordinato doversi dal legatario liberare (§. 5, *Inst. h. t.*); il che presumesi se fosse legata l' *universalità*, come la dote, o sia stata ipotecata una cosa che ne faceva parte (*L.* 15, *D. de dot. praeleg.*).

§. 615. Quindi 6.° non estinguesi il legato della cosa in seguito alienata dal testatore, purchè non abbia ciò fatto nell' intenzione di togliere il legato; lo che presumesi, se l' alienazione non fu necessaria, ma volontaria (§. 12, *Inst. h. t.*; *L.* 11, §. 12, *D. de leg.* 3; *L.* 18, *D. de adim. transf. leg.*).

§. 616. Siccome possonsi legittimamente legare le cose incorporee (§. 610), così non vi cade dubbio che si possa utilmente legare 7.° un CREDITO; 8.° una LIBERANZA. Imperocchè col primo legato, il testatore dà al legatario ciò che gli si deve da un terzo, e obbliga l' erede a cedere le sue azioni al legatario (*a*) (§. 21, *Inst. h. t. L.* 45, §. 6, *L.* 75, §. 2, *D. de leg.*). Il secondo obbliga l'erede a restituire il titolo (*chirographum*), e benchè l' azione dell' erede non sia estinta, il legatario nondimeno è in sicurezza per l' eccezione del dolo (*L.* 3, §. 2, *D. de lib. leg.*) (*b*).

§. 617. È utile altresì 6.° il *legato di un debito*, col quale il testatore lega al suo creditore ciò che deve al legatario, purchè ci sia più nel legato che nel debito; a cagion di esempio, se si lega *puramente* quel ch' è dovuto sotto condizione, o da un certo tempo (§. 14, *Inst. h. t.*). Per siffatto modo il creditore chirografario ottiene il dritto d' ipoteca, o se gli manca la pruova del suo credito, può domandar la cosa in virtù di testamento; e ha inoltre l' azione di buona fede.

§. 618. Di simil natura è 10° il *prelegato della dote*, sì perchè la moglie può tosto ripeterla, mentre dovrebbe aspettare un anno, se la dote fosse mobiliaria (§. 15, *Inst. h. t. L. un.* §. 6, *Cod. de rei ux. act.*); sì ancora perchè la moglie legataria non è nell' obbligo di costare che abbia portato una dote, purchè il marito testatore abbia espresso una quantità determinata (*D.* §. 15, *Inst. h. t. Leg.* 1, §. 7, *segu. de dot. prael.*).

§. 619. Si può legittimamente legare non solo 11.° una

(*a*) Il legatario dunque esige il credito in virtù del dritto che l'erede gli cede; perchè l' azione personale che avea il defunto non appartiene direttamente che al suo erede, che lo rappresenta, e non al ligatario, che non succede a' dritti del testatore. Ma una siffatta sottigliezza è stata rigettata dal nuovo dritto che accorda al legatario immediatamente un' azione utile contro il debitore (*L.* 18, *C. h. t.*)

(*b*) Cosa succederebbe se il testatore abbia esatto il credito, o ne abbia ricevuto volontariamente il pagamento? Restano forse estinti i legati del credito o della liberanza? No in entrambi i casi, purchè non l' abbia fatto coll' intenzione di toglierli: lo che non presumesi nè nel primo caso, nè nel secondo, se la causa dell' esazione era necessaria, *L.* 11, §. 12 e 13, *D. de leg.*

QUANTITAS, et 3 *GENUS*. *SPECIES ICTis est individuum*, *v. e.* fundus Tusculanus, Stichus, Bucephalus. *GENUS iis est, quod philosophis species, uti* praedium, servus, equus. *QUANTITAS genus numero definitum*, *uti* quadriga, centum aurei.

§. 620. *Et legatum quidem SPECIEI id habet*: 1 *quod ea non heredi, sed legatario, perit* (606, 3), *nisi illius culpa vel levissima intercedat*, §. 16, Inst. h. t.; L. 47, §. pen. D. de legat. 1; 2 *quod duabus speciebus legatis, si utraque res principalis sit, una, vivo testatore, extincta, altera debeatur, sin altera principalis, altera sit accessoria, illa extincta, haec non debeatur*, §. 17, Inst. h. t.; 3 *quod universitate legata, et incrementum et decrementum legatario in lucrum et damnum cedat* (§. 606 3), *adeoque, grege legato, et una ovis superstes debeatur* (*a*), §. 18, 19 et 20, Inst. h.t.L. 22, D. de legat 2.

§. 621. *De legato GENERIS, observandum*: 1 *illud utile esse, si genus non summum, sed infimum sit, et hoc certos ab ipsa natura terminos habeat; quum, contra, si ab arbitrio hominum pendet, testator tale quid non reliquit, derisorium magis videatur*, L. 24, §. 3, L. 71, pr. D. de legat. 1; 2 *electionem tunc esse penes legatarium, nisi aliud testator sanxerit, dummodo non optimum eligat*, §. 22, Inst. h. t.; L. 37, pr. et §. 1, D. de legat. 1.

§. 622. *Unde adparet, quid intersit inter legatum GENERIS et OPTIONIS vel ELECTIONIS, quum testator legatarium aliquem ex servis vel equis suis diserte eligere iubet; tunc enim eligit legatarius eiusve heres*, L. ult. C. comm. de legat.), *etiam optimum*, §. 23, Inst. h. t L. 2, §. 1, D. de opt. legat. L. 9, §. 1, D. de dol., *nec tamen, quod semel elegit, repudiare, aliudque praeferre potest*, L. 20, D. de opt. leg.

§. 623. *Commune id est legatis* generis *et* quantitatis, *quod nec genus, nec quantitas perire intelligantur.*

§. 624. *Denique et* 4 *FACTA recte legantur, in quorum praestationem heredem damnavit testator, modo sint honesta, quia alias evanidum esset legatum*, L. 112, §. 3, D. de leg. 1.

§. 625. *Uti inter heredes, ita et inter legatarios coniunctos valet IUS ACCRESCENDI. Quum enim legatum sit de-*

(*a*) *Quod secus in usufructu gregis, siquidem una ove superstite usufructus non constat*, L. ultim. D. quib. mod. ususfr. amitt.

SPECIE DETERMINATA, ma altresì 12 una quantità, e 13 un GENERE. SPECIE, secondo i giureconsulti, è una cosa individua, per esempio, *il fondo tusculano*, *Stico*, *il bucefalo*. GENERE è per essi ciò che pe' filosofi è una specie, come *podere*, *servo*, *cavallo*. QUANTITA' è il genere determinato dal numero, come *quattro cavalli*, *cento monete d'oro*.

§. 620. Il legato di una specie determinata ha ciò di particolare: 1.° che perisce non per l' erede, ma pel legatario (§. 606, 3.°), purchè non perisca per di lui colpa, anche levissima (§. 16, *Inst. h. t.*; *L.* 47, §. *pen. D. de leg.* 1); 2.° che legandosi due specie, se sieno entrambe principali, distrutta l' una, vivente il testatore, l' altra è dovuta; ma se l'una è principale, l' altra accessoria, estinta la principale l' altra non è dovuta (§. 17, *Inst. h. t.*); 3.° che nel legato dell' universalità l' accrescimento e la diminuzione sono a vantaggio o a discapito del legatario (§. 606, 3), di guisa ch' essendo legato un gregge, se riducesi ad una sola pecora, questa sola è dovuta al legatario (a) (§. 18, 19 e 20, *Inst. h. t. L.* 22, *D. de leg.* 1.).

§. 621. Su' legati del genere fa uopo osservare: 1.° ch' è utile se il genere non sia il sommo, ma l'infimo, e abbia ricevuto dalla natura stessa limiti certi; poichè se dipenda dall'arbitrio degli uomini, e che il testatore non abbia lasciato simil cosa, sembra piuttosto derisorio (*L.* 24, §. 3, *L.* 71, *pr. D. de leg.* 1); 2.° che in siffatto caso la scelta sia del legatario, purchè il testatore non abbia diversamente stabilito, e non scelga l' ottimo (§. 22, *Inst. h. t.*; *L.* 37, *pr.* §. 1, *D. de leg.* 1).

§. 622. Da ciò conoscesi la differenza che passa tra' legati di un genere, e quello di OZIONE O DI SCELTA, allorchè il testatore permette espressamente al legatario di scegliere qualcheduno de' suoi servi, o de'suoi cavalli; imperocchè il legatario o il suo erede (*L. ult. Cod. comm. de legat.*) può in siffatto caso scegliere anche l' ottimo (§. 23, *Inst. h. t. L.* 2, §. 1, *D de opt. legat. L.* 9, § 1, *D.de dol.*), e intanto non può rifiutare ciò che ha una volta scelto, nè preferire un' altra cosa (*L.* 20, *D. de. opt. legat.* 1).

§. 623. Evvi di comune ne' legati del *genere* e in quelli della *quantità*, che nè il genere, nè la quantità periscono.

§. 624. Finalmente 14.° possonsi legittimamente legare i FATTI al cui adempimento il testatore obbliga l' erede, purchè sieno onesti; altrimenti il legato sarebbe nullo (*L.* 112, §. 3, *D. de legat.* 1).

§. 625. Il DRITTO DI ACCRESCERE come ha luogo tra gli eredi, così pure tra' legatari uniti. Infatti essendo il legato

(a) Il che è tutt' altro nell' usufrutto del gregge, avvegnachè ridotto ad una sola pecora l' usufrutto non più esiste, *L. ult. D. quib. mod. usufr. amitt.*

libatio hereditatis (§. 602), *praesumitur sane*, *testatorem noluisse*, *ut res legata pluribus penes heredem maneat*, *sed uno legatario deficiente*, *illam totam collegatario relinqui maluisse* (*a*).

§. 626. *Ut ergo locum habeat ius istud subtilissimum*, *requiritur* : *I ut collegatarius deficiat*; *II ut legatarii sint coniuncti*, *id est*, *ad eamdem rem vocati*, L. 1 et 11, D. de usufr. accresc. *Alias enim deficientis personae legatum extinguitur*, L. un. §. 2, C. de caduc. toll.

§. 627. *DEFICERE intelligitur collegatarius*, *si vel tempore conditi testamenti non existat in rerum natura*, *vel spreverit legatum*, *vel vivo testatore decesserit*, *aut conditio defecerit*, *vel alio modo factus sit incapax*, L. un. §. 2, 3 c 4, C. de caduc. toll. *Nam*, *si vel momento testatorem supervixit*, *legatum transmittit ad heredes*, *adeoque nihil accrescit collegatariis*, L. un. §. 5, C. de cad. L. 5, pr. D. quand. leg. ced.

§. 628. *CONIUNCTI autem legatarii censentur tripliciter*, *vel I RE TANTUM*, si ad eamdem rem, sed diversis propositionibus, vocati sunt, *unde et DISIUNCTI solent vocari*, §. 8, Inst. h. t. *v. c.* Titio aedes meas do, lego : Sempronio easdem aedes do, lego, L. 89, D. de leg. 3, *II VERBIS TANTUN*, qui ad eamdem rem, eadem propositione, sed adiectis partibus (*b*), vocantur; *v. c.* Titio et Sempronio aedes meas do, lego, aequis partibus, d. L. 89, *III RE et VERBIS SIMUL seu MIXTIM* qui ad eamdem rem, eadem propositione, simpliciter et indivisim vocantur ; *v. c.* Titio et Sempronio aedes meas do, lego, d. L. 89, et L. 142, D. de verb. sign.

§. 629. *Iam observandae regulae* : *I si qui legatarii vel* verbis tantum *vel* mixtim *coniuncti sunt*, *portio alterius defi-*

(*a*) *Ergo diversa huius iuris ratio est in hereditatibus et legatis. In hereditatibus illud obtinet ex iuris necessitate*, *quia nemo pro parte testatus*, *pro parte intestatus decedere potest* (§. 542. seq.). *Unde nec testator id ius prohibere potest. In legatis contra ex praesumpta testatoris voluntate*, *qui deficientem creditur ad eum potius*, *cui rem eamdem legavit*, *quam ad heredem*, *a quo legavit*, *voluisse devolvi. ULR. HUBER.* Praelect. h. t. §. 23, extr.

(*b*) Intellectualibus *puta*, *et quae mente tantum concipiuntur. Nam si re ipsa legatam rem inter legatarios divisit testator*, *hi plane non sunt coniuncti*, *adeoque et ius accrescendi inter eos nullum est*, L. 1 pr. D. de usufr. accresc. *v. c.* Titio et Sempronio do, lego fundum, illi cis, huic ultra flumen.

una delibazione o smembramento dell' eredità (§.602), così presumesi che il testatore non abbia volnto che la stessa cosa lasciata in legato a molti, resti in mano dell' erede, ma che nel caso in cui il legatario venisse a mancare, rimanga allora tutta intera al collegatario (*a*).

§. 626. Affinchè abbia luogo un cosiffatto dritto tanto stiracchiato fa uopo: 1.° che il collegatario manchi; 2.° che i collegatari sieno uniti, cioè chiamati per la stessa cosa (*L.* 1, e 11, *D. de usufr. accresc.*), poichè altrimenti il legato della persona che manca divien caduco (*L. un.* §. 2, *Cod. de cad. toll.*).

§. 627. Stimasi MANCARE il collegatario se nel tempo della formazione del testamento non esiste, o che abbia ricusato il legato, o sia premorto al testatore, o uon siasi verificata la condizione, o sia comunque divenuto incapace (*L. unic.* §. 2, 3 *e* 4, *Cod. de cad. toll.*); avvegnachè se sia sopravissuto anche brevi momenti al testatore, trasmette il legato a' suoi eredi, e per conseguenza nulla accresce a' collegatari (*L. unic.* §. 5, *Cod. de cad. L.* 5, *pr. D. quando dies legat. ced.*)

§. 628. In tre modi presumonsi uniti i legatari: 1.° nella COSA SOLTANTO, *se sieno chiamati alla stessa cosa, ma con proposizioni diverse*, dal che sogliensi chiamare DISGIUNTI (§. 8, *Inst. h. t.*), a cagion di esempio: *Io lego, io dò la mia casa a Tizio, io lego, io dò la stessa casa a Sempronio* (*L.* 89 *D. de legat.* 3); 2.° colle PAROLE SOLTANTO, *se sieno chiamati alla stessa cosa con una medesima proposizione, ma con parti determate* (*b*); a cagion di esempio: *Io dò, io lego la mia casa in porzioni eguali a Tizio e Sempronio* (*D. L.* 89); 3.° COLLA COSA E COLLE PAROLE INSIEME O PER UNIONE MISTE, *allorchè i legatari son chiamati alla cosa medesima colla stessa proposizione semplicemente e indivisamente*; a cagion di esempio: *Io lego la mia casa a Tizio e a Sempronio* (*D. L.* 89, *L.* 142, *D. de verb. signif.*).

§. 629. Fa uopo osservare le seguenti regole: 1.° Se i legatari sieno uniti o *con parole soltanto*, o *con unione mista*, la

---

(*a*) Differisce adunque la ragione di siffatto dritto per l' eredità e pe' legati. Nell' eredità ottiensi dalla necessità del dritto, perchè niuno può morire in parte testato e in parte intestato (§. 542 segu.). Quindi il testatore non può vietare un tal dritto. Per l' opposto ne' legati emerge dall' intenzione presunta del testatore, nel quale supponesi la volontà di conferire la parte di colui che manca, al legatario al quale ha lasciato la stessa cosa, piuttosto che all' erede, che ha caricato di legati. HUBER. *Praelect. h. t.* §. 13.

(*b*) *Parti intellettuali*, cioè quelle che concepisconsi col pensiero. Imperocchè se il testatore abbia realmente divisa la cosa, i legatari non sarebbero al certo uniti, e per conseguenza non evvi tra loro alcun dritto di accrescimento, *L.* 1, *pr. D. de usufr. accresc.*; a cagion di esempio: *Io dò a Tizio e a Sempronio la mia terra: a Tizio la parte al di quà del fiume, a Sempronio al di là dello stesso.*

ceintis accrescit collegatario. II si quis re tantum coniunctus deficit, eius portio accrescit omnibus, ita tamen, ut verbis et mixtim coniuncti unius vice fungantur, L. 34, pr. D. de leg. 1, L. un. §. 10, C. de caduc, toll. *III coniunctis mixtim et verbis tantum accrescit volentibus, et cum onere; re tantum coniunctis et nolentibus, sine onere*, d. L. un. §, 10 e 11, C. de cad. toll. (*a*).

§. 630. *Potest porro legari vel PURE, vel IN DIEM seu EX DIE, vel SUB CONDITIONE, vel SUB DEMONSTRATIONE, vel SUB CAUSSA, vel SUB MODO*, L. 1, pr. D. de condit. et demonstr. L. 17. pr. §. ult. L. 72, §. 6, D. eod.

§. 631. *PURE legatur*, quum a nullo eventu legatum suspenditur; *et tunc statim a morte testatoris et cedit dies, et venit* (§. 606 3) (*b*), L. 5, §. 1, quand. dies leg. ced., *excepto legato ususfructus, usus, habitationis, libertatis* (*et olim optionis*), *quorum dies a tempore aditae hereditatis cedit, quia huius generis legata ad heredes non transmittuntur*, L. un. §. 2, D. quand. dies usufr. leg. ced. L. 8, D. quando dies Leg. ced. L. 16, D. de opt. leg.

§. 632. *Legatum relinquitur tum IN DIEM, v. c.* Maevio lego aedes per decennium; tum *EX DIE, sive certo, sive incerto, v. c.* Sempronio lego hortum post decennium a morte mea, vel a tempore quo liberos susceperit. *Priore casu, dies itidem et cedit statim a morte testatoris et venit: posteriore, si dies certus, dies quidem cedit, sed non venit, nisi exsistat*; L. 5, §. 1, L. 21, D. quand. dies leg. c. d.; *sin incertus, nec cedit, nec venit, antequam existat*, lib. 21, et 22, D. eod., *quia dies incertus pro conditione est*, lib. 75, D. de condit. et demonstr.

(*a*) *Hinc si, v. c., testator scripserit*: primo fundum Tusculanum do, lego: secundo eumdem do, lego: tertio et quarto eumdem do, lego aequis partibus: quinto, et sexto eumdem do, lego: *deficiente quinto, portio eius sexto accrescit volenti cum onere: deficientis quarti portio accrescit tertio itidem volenti cum onere, deficiente primo, portio eius omnibus accrescit, etiam invitis, ita tamen ut trientem secundus; alterum trientem tertius et quartus, tertium quintus et sextus sine onere*

(*b*) Cedere dicitur dies, *ex quo deberi incipit, venire ex quo peti potest*, L. 113 D. de verb. signif.

porzione di colui che viene a mancare accresce al suo collegatario; 2.° se qualcheduno sia unito *nella cosa soltanto*, la porzione di colui che manca si accresce a tutti, di guisa però che gli uniti colle parole, e con unione mista fanno le veci di un solo (*L.* 34, *pr. D. de leg.* 1, *L. un.* §. 10, *Cod. de caduc toll.*); 3.° l'accrescimento in favore degli uniti con unione mista, o soltanto verbale si fa volontariamente e con un dato peso; ma in favore degli uniti per la cosa soltanto, si fa loro malgrado e senza peso alcuno (*D. L. un.* §. 10 *e* 11, *Cod. de cad.toll.*) (*a*).

§. 630. Si può fare un legato o PURAMENTE, o SINO AD UN TEMPO DETERMINATO, o sotto CONDIZIONE, o con DIMOSTRAZIONE, o PER CAUSA, o PER MODO (*L.* 1, *pr. D. de cond. et demonstr. L.* 17, *pr. e* §. *ult. L.* 72, §. 6, *D. eod.*).

§. 631. Si lega PURAMENTE *allorchè il legato non viene sospeso da evento alcuno*; e allora, appena seguita la morte del testatore (*b*), il giorno cede e scade (§. 606, 3) (*L.* 5, §. 1, *D. quand. dies legat. ced.*), eccetto il legato dell'usufrutto, dell'uso, dell'abitazione, della libertà (e anticamente quello della elezione); la scadenza de'quali principiava dal giorno dell'adizione dell'eredità, perchè i legati di siffatto genere non si trasmettono agli eredi (*L. un.* §. 2, *D. quand. dies usufr. leg. ced. L.* 8, *D. quand. dies legat. ced. L.*16, *D. de opt. legat.*).

§. 632. Si lascia il legato sia *per un giorno determinato*, a cagion di esempio : *Io lego a Mevio le mie case per dieci anni*; *sia da un EPOCA certa o incerta*; a cagion di esempio: *Io lascio a Sempronio il mio giardino dopo dieci anni dalla mia morte, o dal tempo che avrà figli*. Nel primo caso il giorno cede e scade tosto dopo la morte del testatore; nel secondo, se il giorno è certo cede, ma non scade se non quando la condizione già si effettua (*L.* 5, §. 1, *L.* 21, *D. quand. dies legat. ced.*); ma se sia incerto, non cede, nè scade se non dopo che il termine sia compiuto (*L.* 21 e 22, *L. eod.*), poichè il giorno incerto sta in luogo di condizione (*L.* 75, *D. de cond. et dem.*).

(*b*) Quindi se il testatore, a cagion di esempio, abbia prescritto: *Io dò e lego al primo il fondo Tusculano*: *Io dò e lego al secondo lo stesso podere. Io dò e lego al terzo e quarto il medesimo fondo in porzioni eguali: al sesto e quinto lo stesso fondo*; venendo a mancare il quinto la sua porzione accresce il sesto, volendola, ma co'pesi; venendo a mancare il quarto la sua porzione si accresce al terzo, volendola del pari co' pesi; venendo a mancare il primo la sua porzione si accresce a tutti, anche loro malgrado, di guisa però che il secondo prenda un triente; il terzo e quarto l'altro triente; il quinto e sesto l'ultimo triente: tutti però senza pesi.

(*a*) Dicesi che il giorno *cede* allorchè il legato comincia ad esser dovuto; dicesi che il giorno *viene* allorchè il legato si può domandare, *L.* 213, *D. verborum signif.*

§. 633. *De* **CONDITIONALI** *legato eadem observanda, quae diximus supra* (§. 545 seq.). *Iam addimus, diem in eiusmodi legato nec cedere nec venire, nisi exstiterit conditio,* lib. 5, §. 2, D. quand. dies leg. ced., *adeoque nec huiusmodi legatum ad heredes transmitti, si legatarius ante existentem conditionem decesserit* (§. 549, 6). *Aliud de contractibus observandum* (§. 832, 4), *nec legatum adquiri patri, si conditio, emancipato filio, exstiterit, quod iterum aliter se habet in contractibus* (§. 9942.°), L. 18, D. de reg. iur. L. 5, §. 2, D. quando dies leg. ced.

§. 634. *SUB DEMONSTRATIONE legatur*, quoties vel personae vel rei legatae additur descriptio, qua ea tanto certius designetur; *v. c.* Stichum, quem a Maevio emi, do, lego, L. 34, pr. D. de condit. et demonstr. *Et hinc conditio magis rem futuram; demonstratio praeteritam designat*, d. L. 34, §. 1, D. eod. *De ea notandum quod falsa demonstratio non magis legatum perimat*, L. 17, pr. L. 34, pr. L. 40, L. 4, D. eod., *quam error admissus in nomine*, §. 30, Inst h. t. D. de leg. 1, *quippe cuius vice demonstratio fungitur*, L. 34, pr. D. de cond. et dem.

§. 635. *SUB CAUSSA legatur*, quoties testator caussam impulsivam adscribit) *v. c.* Titio, quia negotia mea gessit, do, lego, §. 31, Inst. h. t. L. 72, §. 6, D. de cond. et dem. *Etiam haec, tametsi falsa, non vitiat legatum* (*a*), d. §. 31, Inst. h. t., *nisi ab herede possit probari, testatorem si caussam falsam scivisset, non fuisse legaturum; tunc enim doli exceptio locum habet*, L. 72, §. 6, D. eod.

§. 636. *SUB MODO denique legatur*, quoties finis, ad quem legatum, exprimitur, *v. c.* Titio do, lego, ut aedes suas reficiat, L. 17, §. ult. D. de eod.

§. 637. *In hoc legato dies et cedit statim, et venit, dum caveat legatarius, se modum impleturum* (*b*), L. 40, §. ult. lib. 80, D. eod.

(*a*) *Legatum enim instar legis est* (§. 602*); *lex vero ideo non desinit obligare, si caussa, quam legislator interserit, falsa adpareat. Ita in legatis. Et ita intelligendum, quod ait* PAPINIANUS, *rationem legandi legato non cohaerere*, L. 72 §. 6 D. de condit. et demonstr.

(*b*) *Simile quid obtinet, si cui sub conditione negativa, vel hereditas relicta, vel legatum sit. Nam et haec haereditatem, vel legatum, non suspendit, dum caveat heres vel legatarius, se conditioni pariturum.*

§. 633. Circa il legato CONDIZIONALE fa uopo osservare ciò che abbiamo detto al §. 545 e segn. Ma soggiungiamo che in cosifatto legato il giorno non cede nè scade che quando la condizione sia avverata (*L.* 5, §. 2, *D. quand. dies legat. ced.*), e per conseguenza non si trasmette agli eredi del legatario, se muore pria che la condizione si avveri (§ 549, 6.). È tutt' altro de' contratti (§. 832, 4.°); nè il legato acquistasi dal padre se la condizione avverasi dopo che il figlio viene emancipato (ciò replico è tutt' altro nè contratti (§. 994, 2.°) (*L.* 18, *D. de reg. jur. L.* 5, §. 2, *D. quand. dies legat. ced.*).

§. 634. Il legato fassi con DIMOSTRAZIONE *tutte le volte che si aggiugne la descrizione della persona e della cosa legata per designarla con maggior precisione*; a cagion di esempio: *Io dò e lego Stico che ho comprato da Mevio* (*L.* 34, *pr. D. de cond. et dem.*); e per conseguenza la condizione indica piuttosto la cosa futura, e la dimostrazione un fatto passato (*D. L.* 34, §. 1. *D. eod.*). Circa la dimostrazione fa uopo osservare che se sia falsa non distrugge il legato (*L.* 17, *pr. L.* 43, *pr. L.* 40, *D. eod.*), al pari che un errore commesso nel nome (§. 30, *Inst. h. t. L.* 4, *D. de leg.* 1), perchè la condizione nè fa le veci (*L.* 34, *pr. D. de cond. et demostr.*).

§. 635. Il legato fassi per una CAUSA, *quante volte il testatore aggiunge il motivo impellente*; a cagion di esempio: *Io dò e lego a Tizio perchè ha amministrato i miei affari* (§. 31, *Inst. h. t. L.* 72, §. 6, *D. de condit. et dem.*). Nè tampoco la causa ancorchè falsa vizia il legato (*D.* §. 31, *Inst. h. t. L.* 17, §. 2, *de cond. et dem.*) (*a*), purchè l' erede non possa provare che se il testatore avesse saputo che la causa era falsa non avrebbe fatto il legato; poichè allora si può opporre l'eccezione di dolo (*L.* 72, §. 6, *D. eod.*).

§. 636. Finalmente il legato fassi SOTTO MODO, tutte le volte che *indicasi l' obietto pel quale si lega*; a cagion di esempio: *Io dò e lego a Tizio acciò rifaccia le sue case* (*L.* 17, §. *ult. D. eod.*).

§. 637. In siffatto legato il giorno cede e scade tosto, *purchè il legatario dia cauzione di adempire* all' obietto prescrittogli col legato (*b*) *L.* 40, §. *ult. L.* 80, *D. eod.*).

(*a*) Imperocchè il legato è una specie di legge (§. 602, *). La legge non cessa di essere obbligatoria, benchè la causa apparisca falsa: lo stesso è pe' legati. In questo senso fa uopo intendere PAPINIANO allorchè dice che la *ragione de' legati non sia inerente a' legati*, *L.* 72, §. 6, *D. de cond. et dem.*

(*b*) Ottiensi lo stesso qualora si lasci una eredità, o un legato sotto condizione negativa. Imperocchè siffatta condizione non sospende l' eredità, nè il legato, purchè l' erede o il legatario dia cauzione per l' adem-

§. 638. *Ita iure legatur. Non autem leges nostrae sustinent legata CAPTATORIA : v. c.* Titio, si mihi totidem legaverit, lego mille, L. 64, D. de legat. 1. *Sustinent tamen legata POENAE NOMINE relicta, nisi turpe quid heredi iniungatur ; v. c.* Heres meus, nisi Seium occiderit, Maevio mille *dare damnatus esto. Nam alias ex Justiniani voluntate tanquam conditionalia valent,* §. ult. Inst. h. t. *sed confer tu, sis, illustr. BYNKERSH.* Exerc. de legatis poenae nomine relict., et Antiq. nostr. Rom. lib. 2, tit. 20, §. 14.

§. 639. *Quum denique legatorum pure relictorum dies statim cedat* (§. 606, 3): *consequens est, ut ea cum fructibus, accessionibus, et usuris a tempore morae,* L. 39, §. 1. D. de legat. 1, L. 42, D. de usur. *peti possint* : 1 *rei vindicatione, si species testatoris propria legata* : *siquidem haec actio datur ex dominio*, L, 23, pr. D. de rei vind. *quod statim a morte testatoris ad legatarium transit* (§. 606, 3), L. 80, D. de legat. 2 ; 2 *actione in personam ex testamento, quia heres adeundo hereditatem cum legatariis quasi contraxisse censetur* (§. 596, 11), §. 5, Inst. de oblig. quae quasi ex contr. ; 3 *actione hypotecaria, quia bona hereditaria legatariis et fideicommissariis tacito obligantur pignore*, lib. 1, C. comm. de legat.

TITULUS XXI.

De ademtione et translatione legatorum.

§. 640. *Quia voluntas hominis ambulatoria est usque ad mortem* (§. 573, **), *facile patet, legata ac fideicommissa et adimi et in alios transferri posse. Quumque legata et sine solemnitate relinqui possint* (§. 606 4). *sequitur, ut eadem sine solemnitate et ADIMANTUR recte et TRANSFERANTUR*, pr. inst. h. t.

§. 641. *ADIMUNTUR*, quoties testator legatario id, quod ei destinatum, conferri non vult, *eaque ademtio vel IPSO IURE fit, vel OPE EXCEPTIONIS.*

§. 642. *IPSO IURE legata adimuntur vel VERBIS*, si vel testamento, vel codicillis dicat, se quod Titio dederit, legaerit,

Quae cautio ab inventore vocatur MUCIANA, L. 7 pr. D. de condit et demonstr. *Aliud in stipulationibus sub conditione negativa obtinet : si. quidem conditio negativa illas suspendit ad mortem usque, ac si stipulatus quis esset, quum moreretur alter, sibi dari* §. 4, Inst. de verb. oblig. (§. 833). *Neque enim ad conventiones pertinet haec cautio, CUIAC.* Obs. l. 14 c. 37.

§. 638. In tal guisa si può legittimamente legare. Le nostre leggi nondimeno ributtano i legati CAPTATORI; a cagion di esempio; *Lego a Tizio mille aurei, se me ne leghi altrettanti* (*L.* 64, *D. de legat.* 1.). Autorizzano però i LEGATI PENALI, purchè non impongono all'erede qualche cosa turpe; a cagion di esempio: *Voglio che il mio erede dia mille aurei a Mevio, se non ucciderà Sejo*. Imperocchè i legati per volontà di Giustiniano, valgono come condizionali (§. *ult. Inst. h. t.* Veggasi BYNHERSHOEK, *Exerc. de legat. pen. nom. relict.*, e le nostre *Antichità romane lib.* 2, *tit.* 20, §. 14, *segu.*).

§. 639. Siccome il giorno de' legati puri tosto cede (§. 606, 3) ne segue che i frutti, gli accessori, gl' interessi a contare dal tempo della mora (*L.* 39, §. 1, *D. de legat.* 1, *L.* 42, *de usur.*) possansi domandare colla cosa principale: 1.° colla revindicazione della cosa, qualora sia stata legata una specie propria del testatore, poichè siffatta azione che emerge dalla proprietà (*L.* 23, *pr. D. de rei vind.*), tosto dopo la morte del testatore passa al legatario (606, 3.°) (*L.* 80, *D. de legat.* 2); 2.° coll'azione personale in vigore del testamento, perchè l' erede accettando l' eredita, presumesi di aver contratto un' obbligo mediante un *quasi-contratto* verso i legatari (§. 596, 11.°) (§. 5, *Inst. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.*); 3.° coll'azione ipotecaria, perchè tutt' i beni creditari son tacitamente ipotecati ai legatari e fedecommessari (*L.* 1, *Cod. comm. de legat.*).

TITOLO XXI.

Della rivocazione e del trasferimento de' legati.

§. 640. Poichè la volontà dell' uomo è mutabile sino alla morte (§. 573,**), facilmente apparisce che i legati e i fedecommessi possonsi rivocare e trasferire ad altri. E siccome i legati si possono fare senza solennità (§. 604, 4.°) ne segue che si possono nello stesso modo rivocare e trasferire (*Pr. Inst. h. t.*).

§. 641. RIVOCANSI *tutte le volte che il testatore non vuole che si dia al legatario ciò che gli avea distinato*; *lo che ha luogo* o DI PIENO DRITTO O MEDIANTE UNA ECCEZIONE.

§. 642. I legati rivocansi di PIENO DRITTO o colle PAROLE *allorchè nel testamento o in un codicillo il testatore dichiari che ciò che ha dato, legato a Tizio non intende più*

---

pimento della condizione. Questa cauzione dicesi *Muciana* dal nome dell' autore, *L.* 7, *pr. D. de cond. et dem.* Lo che è ben diverso nello stipulazioni sotto condizione negativa; avvegnachè la condizione negativa le sospende sino alla morte, come se qualchedùno avesse stipulato che si darà la cosa dopo la morte dell' altro, §. 4, *Inst. de verb. oblig.* (§. 833, 10. Infatti la prefata cauzione *Muciana* non è applicabile alle convenzioni, CUJACIO, *Obs. lib.* 14, *cap.* 37.

iam non dare, legare, pr. Inst. h. t.; *vel FACTIS veluti, si* legatum induxerit, L. 16, D. h. t., rem legatam corruperit, L. 65, §. 2, D. de leg. 1., in aliam formam redegerit, ut ad priorem speciem reduci nequeat, L. 88, §. 2, D. de leg. 3, praeter necessitatem distraxerit, donarit, (§. 615), legatum nomen exegerit (§. 616, *) §. 12 et 21, Inst. de legat.

§. 643. *OPE EXCEPTIONIS eadem adimuntur*, quoties mutatae voluntatis luculenta extant indicia: veluti, *si capitales inimicitiae inter testatorem et legatarium intercesserint, nec reconciliatio sit sequuta*, L. 3, §. ult. L. 4, D. h. t.; *vel si testator coram duobus testibus, vel in schedula, contrariam voluntatem significarit*, L. 13, D. h. t. L. 27, C. de fideic.

§. 644. *TRANSFERUNTUR legata vel I mutato legatario, v. c.*, fundum, quem Titio (*a*) legaveram, Maevio do, lego; *vel II mutata persona, a qua legatum, v. c.*, fundum, quem Titio a Seio herede legaveram, iam a Sempronio do, lego; *vel III mutato ipso legato, v. c.*, Titio pro fundo quem legaveram, mille do, lego; *vel IV mutato denique modo legandi, v. c.*, Titio, cui fundum pure legaveram, iam ea lege eumdem do, lego, si in hanc urbem migraverit, §. 1, Inst. h. t. L. 6, D. h. t.

§. 645. *Quum vero translatio, quae fit mutata legatarii persona, simul sit ademtio, simul novi legati constitutio*, L. 5, D. h. t., *facile patet, ad eam non sufficere pauciores quam quinque testes* (§. 606, 4): *alias recte quidem ademptum esse legatum priori, sed non recte translatum in posteriorem, adeoque neutrum illud accipere.*

§. 646. *Extinguuntur etiam aliquando legata, praeter voluntatem testatoris, veluti: 1 si legatarius ante testatorem mortuus, collegatarium, quocum coniunctus fuerit, non habeat* (§. 627), L. un. §. 2, C. de cad. toll.; *2 si ante existentem conditionem decesserit* (§. 633), L. 5, §. 2, D. quand. dies leg. ced.; *3 si res aliena legata iam ante mortem testatoris ex caussa lucrativa ad legatarium pervenerit* (§. 612), §. 6, Inst. de legat.: *4 si res legata perierit sine culpa heredis* (§. 620, 1) §. 16, Inst. eod.; 5. *si testamentum nullum* (§ 559), *ruptum* (§. 574), *irritum factum* (§. 575), L. 17, D. de

(*a*) *Huius nomen necessario exprimendum est. Alioquin non erit translatio legati, sed TITIUS et MAEVIUS in eo pro coniunctis habebuntur*, L. 33 pr. D. de legat. 1.

darcelo e legarcelo (*Pr. Inst. h. t.*); o COI FATTI *se il testatore cassa il legato* (*L.* 16 , *D. h. t.*) , *o distrugga la cosa legata* (*L.* 65 , §. 2 , *D. de leg.* 1;) *o la guasta di guisa che non può più ridursi alla pristina forma* (*L.* 88 , §. 2, *D. de leg.* 3), *o la vende o la dona senza necessità* (§. 615), *o se si abbia ricevuto il pagamento di un credito legato* (§ 616,**) (§. 12 e 21, *Inst. h. t.*).

§. 643. Il legato rivocasi MEDIANTE ECCEZIONE *allorchè* evvi chiaro indizio *di essersi cambiata la volontà del testatore*; a cagion di esempio; se sieno insorte nimicizie capitali tra 'l testatore e 'l legatario, senza esservi stata rappacificazione alcuna (*L.* 3, §. *ult. L.* 4. *D. h. t.*), o se il testatore alla presenza di due testimoni, o in iscritto abbia dichiarato una contrarla intenzione (*L.* 13 , *D. h. t. L.* 27 , *Cod. de fideicommiss.*).

§. 644. TRASFERISCONSI i legati : 1.° col cangiamento del legatario; a cagion di esempio : *Io lego a Mevio quel fondo di terra che avea legato a Tizio* (*a*); o 2.° col cangiamento della persona incaricata di pagare il legato; a cagion di esempio : *Io incarico Sempronio di dare a Tizio il fondo che avea incaricato il mio erede Sejo di ciò fare*; o 3.° col cangiamento dello stesso legato : a cagion di esempio : *In vece del fondo che avea legato a Tizio gli lego mille ducati* ; 4.° cangiando il modo del legato ; a cagion di esempio : *Il fondo di terra che avea legato puramente a Tizio , glielo lego a condizione che debba venire a dimorare in questa città* (§. 1 , *Inst. h. t. L.* 6 , *D. h. t.*).

§. 645. E siccome il trasferimento che fassi cangiando la persona del legatario , è nello stesso tempo la rivocazione non che la dichiarazione di un nuovo legato (*L.* 5 , *D. h. t.*) , facilmente conoscesi che fia uopo almeno di cinque testimoni (§. 606, 4.) ; altrimenti il legato sarebbe legittimamente rivocato nel primo caso, ma non legittimamente trasferito nel secondo, e per conseguenza non sarebbe dovuto ad alcuno.

§. 646. Talora i legati altresì estinguonsi contro la volontà del testatore ; a cagion di esempio : 1.° se il legatario premuoia al testatore e non abbia collegatario unito (§. 627) (*L. un.* §. 2 , *Cod. de cad. toll.*); 2.° se muoia pria che la condizione si avveri (§. 630) (*L.* 5 , §. 2 , *D. quand. dies legat. ced.*); 3.° se la cosa legata sia stata pria di morire il testatore acquistata dal legatario a titolo lucrativo (§. 612) (§. 6, *Inst. de legat.*); 4.° se la cosa legata perisca senza colpa dell' erede (§. 620 , 1.°) (§. 16 , *Inst. eod.*); 5.° se il testamento sia nullo (§. 559), rotto (§. 574), o irrito (§. 575) (*L.* 17,

---

(*a*) Il nome del primo legatario dee essere necessariamente espresso; altrimenti non vi sarebbe trasferimento di legato ; ma Tizio e Mevio saran su questo legato risguardati come uniti , *L.* 33 , *pr. D. de leg.* 1.

iniust. rupt. irr., *non si rescissum* (§. 584, 7), Nov. CXV c. 3, §. ult. cap. 4, §. ult.; 6 *si conditio defecerit* (§. 548 2(, L. 3 e 27, in fin D. de condit. instit.

§. 647. *Aliquando etiam legata* PRO NON SCRIPTIS HABENTUR; *aliquando legatariis, ut* INDIGNIS, *a fisco* ERIPIUNTUR. *De caussis ad* Digest. Lib. XXXIV tit. VIII. et seq. *erit agendum.*

TITULUS XXII.

De Lege Falcidia.

§. 648. *Ad legata etiam pertinet* LEX FALCIDIA, *lata a P. Falcidio, tribuno plebis, a. u. e.* 714. Cn. Domitio, M. F. Calvino et, C. Asinio Pollione *coss.* DIO CASS. Lib. XLVIII. pag. 330; *qua cautum, ut nemini liceret, ultra dodrantem, legare, et, si ultra quid legatum, heredi tantum retinere liceret, ut quartam partem hereditatis habeat salvam,* CUI. Inst. Lib. 2. tit. 8, L. 1, pr. D. hoc. tit.

§. 649. *Quum enim lege XII tabularum patrifamilias ius esset legandi pro lubitu* (§. 487), *et saepe testatores ita legatis onerarent heredes, ut iis vix quidquam lucri superesset,* pr. Inst. h. t., *variis quidem legibus heredi prospectum* (a), *quarum nulla tamen praeter Falcidiam sufficere visa est, coercendae testatorum licentiae* d. pr. Inst. h. t. L. 120, D. de verb. sign.

§. 650. *Ex hac itaque lege I oportet heredem quartam bonorum salvam habere; et II si eam salvam non habeat, tantum cuique legatariorum pro rata detrahit, quantum quartae deest* (§. 649).

(a) *Primum lata lex Furia, a* C. Furio, *trib. plebis, qua cautum ne cui liceret ultra mille asses legare, praeterquam cognatis, aliisque quibusdam personis,* ULP. Fragm. tit. 18. §. 7. *Quum vero ita non quidem uni ultra mille asses, sed tamen eadem summa eo pluribus legaretur: a. u. c.* 584 Q. Voconius Saxus, *trib. plebis, novam rogavit legem, qua cautum, ne quis census plus ulli legaret, quam ad heredem heredesve perveniret. Verum quum ita quoque minima saepe pars hereditatis ad heredem perveniret, et plerique instituti recusarent pro nullo aut minimo lucro hereditatem adire; fieri non potuit, quin plurima testamenta destituerentur, adeoque his legibus ad rei consumationem parum proficeretur,* pr. Inst. h. t.

D. de iniust. rupt. irrit.), ma non se sia rescisso (§. 584,7.°) (*Nov.* 115, *cap.* 3, §. *ult. cap.* 4, §. *ult.*); 6.° se la condizione sia mancata (§. 548, 2.°) (*L.* 3 e 27, *infin. D. de cond. inst.*).

§.647. Talora altresì i legati si hanno COME NON SCRITTI; e altre volte vengono dal fisco tolti a' legatari come INDEGNI. Di siffatte cause si tratterà al *tit.* 8 del *lib.* 34 del Digesto.

TITOLO XXII.

Della legge Falcidia.

§. 648. Alla materia de' legati appartiene altresì la LEGGE FALCIDIA promulgata da *P. Falcidio*, tribuno della plebe, l'anno di Roma 714, sotto il consolato di Domizio Calvino e Cajo Asinio Pollione (DIONE CASSIO, *lib.* 48, p. 430). Con una siffatta legge fu inibito a qual si voglia testatore di poter legare al di là del dodrante (ossia de' tre quarti della successione); di guisa che qualora si eccedesse una siffatta somma, fosse all' erede permesso di ritenere su' legati ciò che sarebbe necessario per conservare la quarta della successione (CAJO, *Inst. lib.* 2, *tit.* 8, *L.* 1, *pr. D. h. t.*).

§. 649. Imperocchè siccome in vigore delle leggi delle XII Tavole i padri di famiglia aveano il dritto di far legato a loro beneplacito (§. 487), e che spesso i testatori aggravavano talmente i loro eredi, che appena li restava il minimo emolumento (*Pr. Inst. h. t.*), così vennero promulgate diverse leggi in favore degli eredi (a), ma ninna, eccetto la Falcidia, fu sufficiente a reprimere la smoderata licenza de' testatori (D. *pr. Inst. h. t. L.* 120, *D. de verb. sign.*).

§. 650. In vigore della prefata legge dunque fa uopo: 1.° che l'erede abbia salva la quarta dell' eredità; e 2.° che se non gli resti, possa detrarre *prorata* su ciascun legato ciò che manca per completarla (§. 649).

(a) Fu la LEGGE FURIA da prima promulgata da *C. Furio*, tribuno della plebe, colla quale venne inibito al testatore di legare più di mille assi, eccetto i cognati e alcune particolari persone, ULP. *Fragm. tit.* 18, §. 7. Quantunque con siffatta legge non si poteva in vero legare ad una persona più di mille assi, nondimeno si legava una siffatta somma a più persone: ecco perchè l' anno di Roma *Quinto Voconio Sassa*, tribuno della plebe emanò una nuova legge mercè la quale niun cittadino arrolato nel censo legar potesse più di ciò che perveniva all' erede o agli eredi. Ma siccome malgrado siffatto mezzo, l' erede non raccoglieva che una piccolissima porzione dell' eredità, e che spesso gl' istituiti ricusavano di accettare perchè non ottenevano vantaggio alcuno, o di poco momento, così avveniva che parecchi testamenti restavano caduchi, e per conseguenza le prefate leggi non vi apportavano rimedio alcuno, *pr. Inst. h. t.*

§. 651. *Ergo eam quartam deducit HERES gravatus* (§. 650, 2), *et ex legis quidem intentione testamentarius, sed ex interpretatione divi Pii etiam legitimus* , L. 18 , pr. D. h. t. *Ex quo consequitur: I ut, si plures coheredes sint* , *in singulis heredibus Falcidiae ratio ponenda sit* , §. 1 , Inst. h. t. L. 77, D. eod.; 2 *ut* , *si duobus institutis* , *quorum ulterius portio legatis exhausta* , *altera non exhausta est* , *alter coheres deficiat, eiusque portio coheredi accrescat* , *quarta detrahi possit* , *si portio gravata accreverit non gravatae* ; *minime vero* , *si non gravata gravatae accesserit* , L. 78 et 87 , §. 4, D. h. t. ; 3 *ut* , *si a legatario fideicommissario legatum* , *ii* , *quantumvis gravati* , *quartam detrahere nequeant* , L. 47 , §. 1 , D. h. t.

§. 652. *Quumque quarta bonorum salva heredi esse debeat* (§. 650 1): 1° *sequitur* , *ut in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus spectetur* , §. 2 , Inst. h. t, L. 56 , pr. D. eod.; 2 *adeoque nec subsequens incrementum hereditatis legatariis prosit*, *nec decrementum iisdem obsit* , L. 73 , pr. D. eod. ; 3 *ut non ponatur quartae ratio* ; *nisi deducto aere alieno* , *sine cuius deductione bona non intelliguntur* , L. 39 , §. 1 , D. de verb. sign. , *deductisque funeris impensis* , *deductis pretiis servorum manumissorum* , *et impensis in hereditatem suscipiendam factis* , §. 3 , Inst. L. 29, Cod. h. t. L. ult. §. 9, Cod. de iur. delib. ; 4 *ut non imputetur in hanc quartam*, *nisi quod titulo institutionis ad heredem pervenit* (*a*), L. 74, et 76, D. h. t.

§. 653. *Detrahitur quarta*: 1 *legatariis* (§. 650) *adeoque, quum legata et fideicommissa per omnia exaequata sint* (§. 656, 2); 2 *etiam fideicommissariis particularibus*, L. 18 , pr. D. h. t. , *immo ex interpretatione* ; 3 *etiam donatariis*, *quibus quid mortis caussa destinatum* L. 5 , C. h. t. , *non quibus inter vivos donatum* , *praeterquam coniungibus inter se donantibus* , L. 12 , C. eod.

§. 654. *Sed ea lex cessat* : 1 *in dote mulieri relegata* , *quam ipsa lex excepit* , L. 81 , § 1, D. h. t.; 2 *in testamento militis* (*non veterani*), *quippe plerisque legibus de testamenti factione soluto* (§. 512) L. 17 , 32 et 40 , D. L. 7 , C. h. t. ; 3 *in rebus per testatorem alienari prohibitis* , Auth. sed et in ea re C. h. t. ; 4 *in rebus ab herede subtractis dolose* , L. 24 , D. h. t. ; 5 *in legatis ad pias caussas* , Nov. CXXXI.

(*a*) *Secus ac in fideicommissis. In Trebellianicam enim omnia computantur* (§. 679 1.).

§. 651. Questa quarta adunque vien dedotta dall' erede gravato (§. 650, 2.°), il quale per legge è l' erede testamentario, ma per interpetrazione dell' imperatore Antonino è siffatta facoltà permessa altresì all'erede legittimo (*L.* 18, *pr. D. h.t.*); dal che risulta: 1.° che se vi sieno molti eredi, il calcolo della legge Falcidia fassi per ciascuno erede in particolare (§. 1, *Inst. h. t. L.* 77, *D. eod.*); 2.° che se sieno stati istituiti due eredi e la porzione di uno sia stata assorbita da' legati, e quella dell' altro non lo sia, e che se l' uno di loro manchi, la sua porzione accresce quella dell' altro; in siffatto caso la quarta può esser dedotta, se la porzione gravata uniscasi alla non gravata (*L.* 78 e 87, §. 4, *D. h. t.*); 3.° che se il legato sia stato imposto o al legatario o al fedecommessario non possono essi dedurre la quarta, per quanto si vogliono gravati (*L.* 47; §. 1, *D. h. t.*).

§. 652. Siccome la quarta de' beni deesi riserbare all' erede (§. 650, 1.°), ne segue: 1.° che per liquidare la quantità del patrimonio, bisogna calcolarne il valore secondo il prezzo che aveva all' epoca della morte del testatore (§. 2, *Inst. h. t. L.* 56, *pr. D. eod.*); e per conseguenza 2.° l' accrescimento o la diminuzione futura dell' eredità non giova nè nuoce a' legatari (*L.* 73, *pr. D. h. t.*); 3.° che il calcolo secondo la legge Falcidia non abbia luogo che dopo di esserne stati dedotti i debiti, senza di che non si concepisce esistenza de' beni (*L.* 39, §. 1, *D. de verb. sign.*); se ne debbano altresì dedurre le spese de' funerali, il prezzo de' servi manumessi, e le spese erogate per accettare l' eredità (§. 3, *Inst. L.* 29, *Cod. h. t. L. ult.* §. 9, *Cod. de jur. delib.*); 4.° che non s' imputi su questa quarta che soltanto ciò che l' erede abbia ricevuto a titolo d' istituzione (a) (*L.* 74 e 76, *D. h. t.*).

§. 653. Detraesi la quarta: 1.° a' legatari (§. 650), e per conseguenza, siccome i legati e fedecommessi sono stati in tutto eguagliati (§. 656, 2.°), così detraesi altresì 2.° a' fedecommessari particolari (*L.* 18, *pr. D. h. t.*); e per interpetrazione 3.° ancora a' donatari a' quali fu qualche cosa destinata a causa di morte, però non a quelli a' quali fu donato tra vivi, eccetto i conjngi che si han fatto donazioni scambievoli (*L.* 5, *Cod. h. t.*).

§. 654. Ma una siffatta legge cessa: 1.° nella dote legata ad una donna che la legge stessa eccettua (*L.* 81, §. 1, *D. h. t.*); 2.° nel testamento del militare (non veterano), come esente dalla maggior parte delle leggi concernenti la fazione del testamento (§. 512) (*L.* 17 e 32, *L.* 40 e 7, *Cod. h. t.*); 3.° nelle cose che il testatore ha proibito di alienare *Auth. sed et in ea re*, *Cod.h.t.*); 4.° nelle cose dall'erede fraudolentemente sottratte (*L.* 24, *pr. D. h. t.*): 5.° ne' legati per opere pie (*Nov.* 131, *cap.*

(a) È tutt' altro ne' fedecommessi; avvegnachè nella trebellianica tutto vien computato.

cap. 12; 6 *in libertate legata*, L. 33, 34, et 43, D. h. t. 7 *si vel testator expresse prohibuerit quartam detrahi* (a) Nov. I. cap. 2, §. 2; *vel* 8 *heres, mortuo testatore, spoponderit se integra legata praestiturum*, L. 46 et 71, D. L. ult. C. h. t.; *vel ea sciens, vel ex ignorantia, integra praestiterit*, L. 9, C. eod.; 9 *si heres id egerit, ut fideicommissum intercideret*, L. 59, pr. L. 68, §. 1, D. h. t.; 10 *si vivus testator iam heredi quartam, vel quod eidem aequiparari possit, dederit* L. 56, §. ult. L. 91, D. h. t.; 11 *si heres inventarium non confecerit*, L. ult. §. penult. C. de iur. delib.

TITULUS XXIII.

De Fideicommissariis hereditatibus, et ad SC. Trebellianum.

§. 655. *Hactenus de* hereditatibus et legatis, *in quibus desiderantur verba directa et imperativa* (§. 493 * 602, 2); *sequuntur FIDEICOMMISSA*, quae verbis obliquis, seu precativis, relinquuntur.

§. 656. *Ea vel UNIVERSALIA sunt, vel SINGULARIA. De illis hoc, de his sequente titulo agitur. UNIVERSALIA ergo sunt*, quando hereditas eiusque pars, ab instituto relinquitur verbis precativis tituloque universali, §. 2, Inst. h. t.

§. 657. *Quum ergo haec fideicommissa verbis precativis relinquantur* (§. 656), *sequitur, ut adesse oporteat: I* fideicommittentem; *II heredem* fiduciarium, *qui rogetur, ut restituat, quique stricto iure heres permanet, etiam facta restitutione*, §. 3, Inst. h. t. L. 88, de hered. inst.; *III* fideicommissarium, *cui hereditas e fideicommisso restituenda.*

§. 658. *Restitutio vel EXPRESSE iniungitur fiduciario*, *v. c.*, Titius heres esto, eumdem vero rogo, ut hereditatem Sempronio restituat; *vel TACITE iniuncta censetur, veluti si testator dixerit*: rogo heredem, ne hereditatem alienet, sed relinquat familiae, L. 69, §. 3, D. de leg. 2; *vel*: rogo ne

---

(a) Sed id contra iuris rationem invexit IUSTINIANUS. Lex Falcidia enim non modo in gratiam testatorum, ne eorum testamenta destituerentur, lata est; verum etiam in gratiam heredum, ne his hereditas sine lucro obveniret, L. 71 D. h. t. *IUSTINIANUS vero heredum rationem non habuit, adeoque totam legem Falcidiam fere pervertit, dum testatoribus concessit, ut detractionem Falcidiae possint prohibere, quum ante id non liceret*, L. 15 §. ult D. h. t.

12); ne' legati della libertà (*L.* 33, 34 e 43, *D. h. t.*); 7.° se il testatore abbia espressamente proibito la deduzione della quarta (*a*) (*Nov.* 1, *cap.* 2, § 2); e 8.° allorchè dopo la morte del testatore l' erede abbia promesso di pagare tutti i legati (*L.* 46 e 71, *D. L. ult. Cod. h. t.*), o li abbia pagato scientemente, o ignorandolo (*L.* 9, *Cod. eod.*); 9.° se l' erede abbia cercato di far perire il fedecommesso (*L.* 59, *pr. L.* 68, §. 1, *D. h. t.*); 10.° se il testatore mentre era vivo abbia dato all'erede la quarta o l'equivalente (*L.*56, §. *ult. L.*91, *D. h. t.*); 11.° se l'erede non abbia fatto l' inventario. (*L. ult.* § *penult. c. de jur. delib.*)

TITOLO XXIII.

Delle eredità fedecommessarie, e del Senatoconsulto Trebelliano.

§. 655. Finora abbiamo trattato dell' *eredità* e de' *legati* ne' quali richieggonsi parole dirette o imperative (§. 493, * e §. 602, 1.°); seguono i fedecommessi, che lasciansi *con parole indirette e in forma di preghiera.*

§. 656. Siffatti fedecommessi sono UNIVERSALI o PARTICOLARI. Tratteremo de' primi nel presente titolo, e degli altri in quello che segue. *I fedecommessi* UNIVERSALI *sono quelli mercè de' quali tutta o parte dell' eredità si lascia all' istituito in forma di preghiera, e a titolo universale* (§. 2, *Inst. h. t.*).

§. 657. E siccome i fedecommessi lasciansi con parole in forma di preghiera (§. 656), ne segue che vi sia uopo: 1.° del *fedecommittente*; 2.° dell' *erede fiduciario*, il quale si prega a restituire l' eredità, e che di stretto dritto resta erede anche dietro la restituzione (§. 3, *Inst. h. t.*, *L.* 88, *D. de hered. inst.*); 3.° finalmente del fedecommessario cui restituir debbasi l' eredità fedecommessaria.

§. 658. La restituzione ingiungesi al fiduciario o ESPRESSAMENTE; a cagion di esempio: *Che Tizio sia mio erede e lo prego a restituire la mia eredità a Sempronio*; o TACITAMENTE, presumesi ingiunta; a cagion di esempio, se il testatore abbia detto: *Prego il mio erede di non alienar la mia successione, ma di trasmetterla alla mia famiglia* (*L.* 69, §. 3,

---

(*a*) Ma ciò fu da Giustiniano introdotto contro l' intenzione della legge; imperocchè la legge Falcidia venne promulgata non solo in favore de' testatori acciò i loro testamenti non restassero caduchi, ma altresì degli eredi acciò l' eredità li apportasse qualche emolumento; *L.* 71, *D. h. t.* Giustiniano non ebbe di mira gli eredi e per conseguenza sconvolse tutta la legge Falcidia coll' accordare a' testatori il dritto di poter inibire la deduzione della Falcidia; mentre ciò prima non era permesso, *L.* 15, §. *ult. D. h. t.*

testamentum faciat, donec liberos susceperit, L. 74, pr. D. ad SC. Trebell.: *vel*: rogo, ut testamento suo Seium heredem faciat, L. 17, pr. D. cod. *Unde fideicommissa vel EXPRESSA, vel TACITA esse patet.*

§. 659. *Quum vero hoc modo hereditas eiusve pars, titulo universali relinquatur* (§. 656), *sequitur*: 1 *ut fideicommittere possint qui possunt testari*, L. 2, D. de legat. 1.; 2 *ut possit fideicomitti ab omnibus, qui heredes sunt, et ad quos hereditas ejusve pars venerit*, L. 1, §. 17, D. ad SC. Trebell.; L. 9, C. de fideicom., *adeoque etiam a fideicommissariis* §. 11, Inst. h. t. *Quamvis huiusmodi fideicommissarias substitutiones doctores ad quartum gradum restringant ob* Nov. CLIX., *ubi tamen casus specialis, si quis per medium impuberem heres exstiterit.* 3 *Ut iis restitui queat, cum quibus est testamenti factio* (*a*), L. 67, §. 3, D. ad SC. Trebell.

§. 660. *Ex positione antecedentis paragraphi denuo fluit*, 4 *fideicommitti posse non solum* in testamento, *verum etiam* ab intestato, §. 10, Inst. h. t. *Heredes enim legitimos testator satis honoravit, dum non exclusit*, L. 1, § 6, D. de legat. 3 L. 8, §. 1, D. de iur. codicill., *adeoque adhibitis quinque testibus, nisi moriens viva voce heredi fideicommiserit, quo casu et sine testibus, fideicommissum ratum est, et fiduciario, previo iureiurando calumniae, iusiurandum deferri potest. Id si praestare recuset, solvere tenetur*, §. ult. Inst. h. t.

§. 661. *Quumque heredi fiduciario iniungatur restitutio, sequitur*, 5 *ut hereditas, per fideicomissum non modo* pure *et* sub conditione, *verum etiam, quod in directa institutione non licet* (544), ex certo die *relinqui queat* §. 2, Inst. h. t., *quia sic testator non pro parte testatus, pro parte intestatus decedit* (§. 491, 3).

§. 662. *Quandoquidem vero fideicommissa verbis precativis relinquuntur* (§. 655), *ea vero, nisi accedat promissio, obligationem haud producunt; inferebant veteres, fiduciarium nullo vinculo iuris, sed solo pudore, ad praestandum fideicommissum adstringi*, §. 1, Inst. h. t. ULP. Frag. tit. 25, §. 1.

(*a*) *Ita iure novo. Olim enim, qui ex testamentis capere non poterant, iis fideicommissa relinquebantur*, §. 1 Inst. h. t. ULP. Fragm. tit. 25. §. 16. *Exempla sunt apud CIC.* de fin. l. 2 c. 58 QUINCT. Declam. 324. VALER. MAX. 4. 4 c. 2 §. 7.

D. de leg. 2), o sivvero: *Lo prego di non far testamento finchè non abbia de' figli* (*L.* 74, *pr. D. ad SC. Trebell.*); o pure: *Lo prego acciò col suo testamento istituisca erede Sejo* (*L.* 17, *pr. D. eod.*). Dal che chiaro apparisce che vi sieno dei testamenti espressi e di quelli taciti.

§. 659. E siccome di siffatto modo l'eredità si lascia in tutto o in parte a titolo universale (§. 656), ne segue che possano benissimo fedecommettere tutti coloro i quali possono testare (*L.* 2, *D. de legat.* 1.); 2.° che si possa gravare di un fedecommesso tutti coloro che sono eredi, e coloro a' quali è pervenuta in tutta o in parte l'eredità (*Leg.* 1, §. 17, *D. de SC. Trebell.*; *L.* 9, *Cod. de fideic.*), e per conseguenza i fedecommessari altresì (§. 11, *Inst. h. t.*); sebbene i dottori restringono le prefate sostituzioni fedecommessarie al quarto grado, in vigore della Nov. 159, nella quale intanto evvi un caso particolare, se alcuno venisse ad essere erede mercè un impubere; 3.° doversi restituire a coloro i quali possono ricevere per testamento (*a*) (*L.* 67, §. 3, *D. ad SC. Treb.*).

§. 660. Dalla seconda conseguenza del § precedente deriva finalmente 4.° che si possa fare un fedecommesso non solo con testamento ma altresì *ab intestato* (§. 10, *Inst. h. t.*). Imperocchè il testatore ha realmente abbastanza onorato gli eredi legittimi allorchè non gli esclude (*L.* 1, §. 6., *D. de legat.* 3; *Leg.* 8, §. 1, *D. de jur. codicill.*), e per conseguenza alla presenza di cinque testimoni, eccetto che il moribondo non abbia a viva voce gravato il suo erede di un fedecommesso; nel qual caso, il fedecommesso è valevole anche senza testimoni, e si può deferire il giuramento all' erede fiduciario, previo quello della calunnia, e ricusando di prestarlo è tenuto a restituire il fedecommesso (§. *ult. Inst. h. t.*).

§. 661 Venendo la restituzione ingiunta all' erede fiduciario ne segue 5.° che l'eredità, mercè il fedecommesso, si possa lasciare non solo *puramente* e *sotto condizione*, ma altresì a cominciare da un giorno determinato (§. 2, *Inst. h. t.*), lo che non è permesso nell' istituzione diretta (§ 544), poichè in siffatto modo il testatore non muore parte testato e parte intestato (§. 491, 3.°).

§. 662. E poichè i fedecommessi lasciansi con parole in forma di preghiera (§. 655), qualora non vi si aggiunga la promessa non producono obbligazione, gli antichi ne deducevano che l'erede fiduciario non era vincolato da dritto alcuno, ma la sola onestà l'obbligava a restituire il fedecommesso (§. 1, *Inst. h. t.*; ULP. *Fragm. tit.* 25, §. 1).

(*a*) Questo è il nuovo dritto. Imperocchè anticamente coloro che non potevano ricevere per testamento, se li lasciava per fedecommessi §. 1, *Inst. h. t.* ULP. *tit.* 25, §. 16. Se ne riscontrano degli esempi in CICERONE, *de fin. lib.* 2, *cap.* 58, QUINTILIANO, *Decl.* 324, VALERIO MASSIMO *lib.* 4, *cap.* 2, §. 7.

§. 663. *Sed iisdem, inter exempla probitatis et perfidiae fluctuantibus, necessitatem iuris addidit Augustus, consulibusque id dedit negotii, ut fiduciarios heredes fideicommissa praestare cogerent. Quo consilio postea et duos praetores fideicommissarios constituit Claudius, quamvis Titus unum iterum detraxerit*, L. 2, §. 31, D. de orig. iur.; §. 1, Inst. h. t. pr. Inst. de codicill. *SUET.* Claud. cap. 23.

§. 664. *Quia vero heres fiduciarius stricto iure, restituta etiam hereditate, heres permanet* (§. 657, 2), *adeoque omne aes alienum solvere tenetur* (§. 596, 10), *et tamen saepe totam hereditatem cogebatur restituere* (§. 656); *eveniebat, quod in legatis accidisse diximus* (§. 649 *), *ut recusarent heredes pro nullo aut minimo lucro hereditates aliis restituendas adire, et creditoribus obligari*, L. 1, §. 3, D. ad Sc. Trebell.

§. 665. *Hinc primo sub Nerone* (a) *conditum SC. TREBELLIANUM; eoque cautum*, ut si hereditas ex caussa fideicommissi restituta sit, omnes actiones, quae iure civili heredi vel in heredem competerent, ei et in eum, cui ex fideicommisso restituta sit hereditas, darentur §. 4, Inst. h. t.

§. 666. *Quia vero ne sic quidem ullum lucrum ad heredem redibat, et hunc nihilominus fideicommissa pleraque exstinguebantur* (§. 665), *sub Vespasiano*, Pegaso et Pusione *coss. suffectis PEGASIANO SCto cautum*, ut rogatus hereditatem restituere, perinde quartam retinere posset, ac ex legatis per legem Falcidiam §. 5, Inst. h. t. et si quis hoc lucrum adspernatus adire nollet, is ad adeundum restituendumque cogeretur, §. 6, Inst. eod.

§. 667. *Cui ergo quarta salva erat, is restituere solebat hereditatem ex SC. Trebelliano, et tunc in utrumque dabantur actiones hereditariae pro rata portionis ad utrumque pervenientis. Cui vero quarta salva non erat, is ex SC. Pegasiano, detracta quarta hereditatem restituebat, et stipulationibus interpositis, quotam partem aeris alieni solvere teneretur, sibi cavebat*, §. 6, Inst. h. t.

§. 668. *Sed Iustinianus, exploso Pegasiano, omnem SC.*

(a) *A. u. c.* 814, *VIII Kal. Sept* Lib. Annaco Seneca, et Trebellio Maximo *coss. suffectis*, L. 1 pr. D. ad SC. Trebell. *Ceterum eo SC. non actiones directe ab herede fiduciario removebantur, sed habebat tamen ex SC. Trebelliano exceptionem*, L. 1 §. 4, D. ad SC. Trebell. L. 1 §. 8, D. quand. de pecul. act. ann. est.

§. 663. Ma siccome siffatti fedecommessi ondeggianti tra gli esempi di probità e di cattiva fede, così Augusto ne costituì una obbligazione legale, e incaricò i consoli di astringere gli eredi fiduciari a restituirli. A tale uopo in seguito Claudio stabilì due pretori fedecommessari, benchè Tito dipoi li ridusse ad uno (*L.* 2 §. 1, *D. de origin. jur.* §. 1; *Inst. h. t.*; *pr. Inst. de codicill.* SUET. *Claud. cap.* 23).

§. 664. E perchè in istretto dritto, l' erede fiduciario, anche dopo la restituzione dell' eredità, resta sempre erede (§. 657, 2.°), e per conseguenza è obbligato di pagare tutt' i debiti (§. 596, 10.°), e pure, spesso costretto a restituir tutta l' eredità (§. 665), avveniva ciò che dicemmo circa i legati (§. 649,*), che gli eredi non ricevendo poco o niuno emolumento ricusavano di accettare l' eredità che si dovea ad altri restituire, restando altresì obbligati verso i creditori (*L.* 1, §. 3, *D. ad SC. Trebell.*).

§. 665. Quindi per siffatto motivo fu da prima sotto Nerone (a) compilato il SC. TREBELLIANO, con quale si sancì, *che se l' eredità fosse restituita mercè un fedecommesso, tutte le azioni che per dritto civile competevano all'erede o contro l'erede, si darebbero a colui e contro colui al quale per esecuzione del fedecommesso si fosse restituita l' eredità* (§. 4, *Inst. h. t.*).

§. 666. E poichè neppure per siffatto mezzo tornava alcun prò all' erede, e per conseguenza, malgrado il prefato senatoconsulto, la maggior parte de' fedecommessi restava senza esecuzione (§. 665), sotto Vespasiano essendo consoli Pegaso e Pusione fu promulgato il senatoconsulto Pegasiano col quale venne sancito, che *l' erede richiesto a restituir l' eredità potesse ritener la quarta, come si ritiene la Falcidia su' legati* (§. 5, *Inst. h. t.*); *e che se qualcheduno rifiutando siffatto vantaggio non voleva accettare l' eredità, verrebbe costretto ad accettarla e quindi a restituirla* (§. 6, *Inst. eod.*).

§. 667. Colui dunque al quale restava salva la quarta, restituiva l' eredità in vigore del senatoconsulto Trebelliano, e allora le azioni ereditarie accordavansi contro il fiduciario e il fedecommissario in ragione della porzione a ciascun di loro spettante. Ma colui al quale non restava salva la quarta, ritenendola in vigore del SC. Pegasiano, restituiva l' eredità, e frapposte delle stipulazioni regolava col fedecommessario la porzione de' debiti che sarebbe tenuto di pagare (§. 6, *Inst. h. t.*).

§. 668. Ma Giustiniano, abolito il senatoconsulto Pegasia-

(a) L' anno di Roma 814, 8 delle calende di settembre (25 di agosto), sotto il consolato di Lucio Anneo Seneca e di Trebellio Massimo, *L.* 1, *pr. D. ad SC. Trebel.* Del rimanente con siffatto senatoconsulto l' erede fiduciario non veniva liberato di pieno dritto dall' effetto delle azioni, ma godeva dell' eccezione del prefato senatoconsulto, *L.* 1, §. 4, *D. ad SC. Treb. L.* 1, §. 8, *D. quando de pecul. act. ann. est.*

Trebelliano auctoritatem attribuit, §. 7, Inst. h. t., *vel potius utrumque ita in unum conflavit, ut retento nomine SC. Trebelliani, utriusque materia coniungeretur.*

§. 669. *Ex quo sequitur*: 1 *ut hodie fiduciario* (*a*), *quartam partem hereditatis, quae olim Pegasiana, nunc Trebellianica vocatur, solvam non habenti, semper eam liceat retinere, vel errore facti solutam repetere*, §. 7, Inst. h. t.; *imputatis tamen in hanc quartam omnibus quocumque titulo a defuncto acceptis, etiam fructibus ex bonis ante restitutionem perceptis*, L. 18, §. 1, L. 22, §. 2, D. ad SC. Trebell., *secus, ac in quarta Falcidia* (§. 652 4).

§. 670. *Ex eodem fluit*, 2 *semper hodie obligationes tum activas, tum passivas, inter heredem, fiduciarium et fideicommissarium pro rata dividi*, §. 7, Inst. h. t.; L. 1, C. de SC. Trebell.

§. 671, *Denique et inde sequitur*; 3 *ut semper hodie heres fiduciarius ad adeundum restituendumque adigi possit*, §. 7, Inst. h. t., L. 4, D. ad SC. Trebell.

§. 672. *Quum denique ea quarta Trebellianica ad exemplum Falcidiae inventa sit* (§. 656), §. 5, Inst. h. t., *iisdem fere casibus cessat, quibus Falcidia* (§. 654), *veluti*: 1 *in testamento militis*, L. 7, C. ad leg. Falc.; 2 *si testator quartam hanc detrahi expresse prohibuerit*, Nov. 1, cap. 2, §. 2, 3, *si heres ex ignorantia iuris hereditatem universam restituerit*, L. 9, C. ad leg. Falc.; 4 *si inventarium facere neglexerit*; 5 *si quartam iam salvam habeat iudicio testatoris*, §. 9, Inst. h. t. *Quibus adde caussam fideicommissis propriam, puta* 6 *si coactus adierit hereditatem*, §. 7, Inst. h. t.

TITULUS XXIV.

De singulis rebus per Fideicommissum relictis.

§. 673. *Haec de fideicommissis* universalibus, *sequuntur SINGULARIA* (§. 656), quibus quaevis res singulae titulo singulari, verbis precativis relinquuntur, Pr. Inst. h. t.

§. 674. *Ergo verborum formulis etiamnum differunt legata et fideicommissa; re ipsa et effectu per omnia exaequata sunt* (§. 606, 2): *ut adeo hic omnia repetenda sint, quae titulo de legatis diximus.*

(*a*) *Non vero detrahit fideicommissarius, rogatus, ut hereditatem a fiduciario acceptam, alii iterum restitueret*, L. 22 §. ult. 55 §. 2 D. ad SC. Trebell.

no, diede tutta l' autorità a quello Trebelliano (§. 7, *Inst. h. t.*) o piuttosto di entrambi i senatoconsulti ne formò una sola legge, la quale conservando il nome di senatoconsulto Trebelliano, riuniva le disposizioni sì dell' uno che dell' altro.

§. 669. Dal che ne segue: 1.° che al presente il fiduciario (*a*) che non ha la quarta parte dell' eredità detta anticamente *pegasiana* ed ora *trebellianica* possa ritenerla, o ripeterla allorchè per errore di fatto avesse pagato senza ritenerla (§. 7, *Inst. h. t.*); imputando nondimeno su questa parte tutto ciò che ha ricevuto dal defunto a qualunque titolo, altresì di frutti percepiti su' beni pria di restituirli (*L.* 18, §. 1, *L.* 22, §. 2, *ad SC. Trebell.*); lo che non avviene nella quarta Falcidia (§. 652, 4.°).

§. 670. Dal che segue: 2.° che al presente le obbligazioni attive e passive dividonsi sempre in proporzione del vantaggio rispettivo tra l' erede fiduciario e 'l fedecommessario (§. 7, *Inst. h. t.*; *L.* 1, *Cod. de SC. Trebell.*).

§. 671. In ultimo, 3.° che al presente l' erede fiduciario possa sempre essere astretto ad accettare l'eredità, e a restituirla (§. 7, *Inst. h. t. L.* 4, *D. ad SC. Trebell.*).

§. 672. Finalmente, siccome la quarta trebellianica è stata introdotta ad esempio della Falcidia (§ 664) (§. 5, *Inst. h. t.*), cessa quasi negli stessi casi ne' quali cessa la stessa (§ 664); per esempio: 1.° nel testamento militare (*L.* 7, *Cod. ad leg. Falcid.*); 2.° se il testatore abbia espressamente vietato di dedursi la quarta (*Nov.* 1, *cap.* 2, §. 2); 3.° se l' erede per ignoranza di dritto abbia restituito tutta l' eredità (*L.* 9, *Cod. ad leg. Falcid.*); 4.° se abbia trascurato di far l' inventario; 6 se abbia salva la quarta per disposizione del testatore (§ 9 *Inst. h. t.*); soggiugnete una causa particolare a' fedecommessi: per esempio, 6.° se il fiduciario abbia accettato, suo malgrado, l' eredità (§. 7, *Inst. h. t.*).

TITOLO XXIV.

Delle cose particolari lasciate con fedecommesso.

§. 673. Finora de' fedecommessi *universali*: seguono ora quelli PARTICOLARI (§. 656), co' *quali lasciansi le cose particolari con termini supplichevoli* (*Pr. Inst. h. t.*).

§. 674. Quindi i legati e i fedecommessi differiscono ancora al presente nella forma de' loro termini; ma in quanto agli effetti sono in tutto eguali (§. 606, 2.°); di guisa che fa uopo qui richiamare tutto ciò che abbiamo detto al titolo de' legati.

(*b*) Ma il fedecommessario richiesto di restituire ad un altro l' eredità, non ritiene la quarta, *L.* 22, §. *ult. L.* 55, §. 2, *D. ad SC. Trebell.*

§. 675. *Remansere tamen quaedam differentiae. Nam* 1 *legata libertas immediate servo competit, et hinc ille nulla iura patronatus heredi debet; per fideicommissum relictam libertatem servus ab herede accipit, eique debet iura patronatus*, §. 2, Inst. h. t. (§. 99 e 112); 2 *legata relinqui non possunt, nisi adhibitis quinque testibus* (§. 606, 4); *fideicommissa etiam sine testibus relicta debentur, si probari, vel iusiurandum deferri possit, testatorem cui praesenti fideicommisisse* L. ult. C. de fideic. (§. 660).

TITULUS XXV.

De Codicillis.

§. 676. *Uti hereditates non nisi testamento, ita fideicommissa utriusque generis* (§. 660) *et legata* (§. 602, 2.°), *etiam* CODICILLIS *relinquuntur, de quibus hoc titulo agendum.*

§. 677. CODICILLI *veteribus nihil aliud erant, quam epistolae* CICER. Lib. IV. ad divers. epist. 12, Lib. IV. epist. 18, Lib. XII. ad Att. epist. 8, *maxime a* praesentibus *ad praesentes scriptae*, LIPS. Inst. epist. cap. 2. *Hinc* SENECA epist. 55: Video te, mi Lucili, quum maxime audio, adeo tecum sum, ut debitem, an incipiam non epistolas, sed CODICILLOS tibi scribere.

§. 678. *Tales codicillos saepe et moribundi ad heredes suos scribebant, quibus, quid fieri ab illis vellent, significabant. Unde plerumque formam epistolae prae se ferebant*, (*a*) L. 56, D. de fideic. libert. L. 37, §. 2, D. de legat. 3, L. 30, §. 1, D. de adim. vel transfer. legat.

§. 679. *Et epistolae quidem hae olim non magis heredibus imponebant legem, quam ipsa fideicommissa* (§. 662). *Sed occasione L. Lentuli*, (*b*) *cuius ex persona et fideicommissa coeperunt, etiam codicillis addita est iuris auctoritas. Augustus enim consilio C. Trebatii Testae, statuit, ut si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora, quum et Labeo codicillos fecisset, nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*, pr. Inst. hoc. tit.

(*a*) *Immo passim in iure nostro vocantur* EPISTOLAE L. 89 pr. D. de legat. 2, L. 41 §. 2 D. de legat. 3, et EPISTOLAE, FIDEICOMMISSARIAE, L. 7 C. qui test. fac. poss.

(*b*) *Est is* L. Cornelius Lentulus *quem* STEPH. VINN. PIGHIUS, Cossum, SIGON. *in* fast. pag. 351, Cneium *perperam vocant, quemque, a. u. c.* 751 *cum* M. Valerio Messalino *consulem fuisse, vel ex* REINESII iscr. class X. num. 3 pag. 597 *et postea Africae pro consule praefuisse, satis constat.*

§. 675. Ci resta nondimeno a notare qualche differenza; imperocchè: 1.° acquistasi immediatamente la libertà dáta al servo mediante legato, e non deve all'erede dritto alcuno di patronato; ma allorchè si è lasciata con fedecommesso, il servo la riceve dall'erede, cui deve i dritti di patronato (§. 2, *Inst. h. t.*) (§. 99 e 112); 2.° il legato non si può fare con meno di cinque testimoni (§. 606, 4.°); 3.° i fedecommessi son dovuti, ancorchè fatti senza testimoni, qualora si possa provare anche con giuramento deferito, che il testare abbia verbalmente lasciato il fedecommesso (*L. ult. Cod. de fideicom.*) (§. 660).

TITOLO XXV.

De' codicilli.

§. 676. Le eredità non si possono lasciare che con testamento, ma i fedecommessi universali e particolari (§ 660) e i legati (§. 602, 2.°) si possono lasciare con CODICILLI, de' quali trattasi nel presente titolo.

§. 677. Secondo gli antichi i CODICILLI non erano che lettere missive CIC. *lib.* 4, *ad famil. epist.* 12, *lib.* 6., *epist.* 18, *lib.* 12, *ad Attic. epist.* 8), scritte sopratutto tra persone presenti (LIPS. *Inst. epist. cap.* 2). Da ciò Seneca (*Epist.* 55) ha detto: *Ti veggio sopratutto, o mio caro Lucilio; allorchè ti ascolto io sono talmente con te, che io dubito se scriva una lettera o piuttosto un codicillo.*

§. 678. Spesso i moribondi scrivevano pure i codicilli ai loro eredi, co' quali dichiaravano ciò che volevano che si fosse eseguito, dal che avveniva che gli stessi facevansi in forma di lettere (*a*) (*L.* 56, *D. de fideic. libert. L.* 37, §. 2, *D. de legat.* 3; *L.* 30, §. 1, *D. de adim. vel transf. legat.*).

§. 679. Siffatte lettere anticamente non imponevano agli eredi obblighi maggiori di quel che facessero i fedecommessi stessi (§. 662); ma in occasione di *L. Lentulo* (*b*), dalla cui persona incominciarono i fedecommessi, i codicilli altresì acquistarono autorità legale. Imperocchè *Augusto* per consiglio di *Trebazio Testa* stabilì che coloro che non potessero far testamento potevano far de'codicilli. Dopo di che pur *Labeone* avendo fatto de'codicilli, non si dubitò più che dovessero avere autorità legale (*Pr. Inst. h. t.*)

(*a*) Anzi in molti luoghi delle leggi romane vengono chiamati LETTERE, *L.* 89, *pr. D. de legat.* 2, *L.* 41, § 2, *D. de legat.* 3; *e altresì* LETTERE FEDECOMMISSARIE. *L.* 7, *qui test. fac. poss.*

(*b*) È questo Lucio Cornelio Lentulo erroneamente chiamato *Gneo* da STEFANO VINN. PIGHIO COSSO, SIGON. *in fast.* p. 352. il quale fu console, con M. Valerio Messalino, l'anno di Roma 541, al dir di REINESIO, *inscr. class.* X. *num.* 3. p. 597 e che dipoi fu proconsole in Africa.

§. 680. *CODICILLI ergo* sunt minus solemnis testatorum intestatorumve voluntas, §. ult. Inst. h. t.

§. 681. *Dicimus esse* voluntatem ultimam. *Unde codicilli vel sunt SCRIPTI, vel NUNCUPATIVI*, L. 13, C. de Ss. Eccl. L. ult. §. ult. C. h. t.; *itemque vel TESTATO, vel AB INTESTATO FACTI*, §. 1, Inst. h. t.; *quorum hi viribus suis subsistunt*, L. 3, pr. §. 2, L. 8, pr. §. 1, D. h. t.; *illi cum testamento subsistunt, vel cadunt*, L. 3, §. ult. L. 16, D. h. t.

§. 682. *Addimus, esse voluntatem minus solemnem. Unde pleraque, quae ad solemnitates internas et externas testamentorum pertinent, hic exsulant. Hinc*: 1 *condicillos quidem facit, qui et testamentum facere potest*, L. 6, §. 3, L. 8, §. 2, D. h. t.; *sed* 2 *non potest quis in codicillis heredem directe instituere, exheredem scribere, substituere*, §. 2, Inst. L. 6, pr. L. 10, d. L. 2, C. h. t.; *verum fideicommittere, legare, mortis caussa donare etc.*

§. 683. *Inde etiam* 3 *codicillos quis facere potest plures, modo sibi invicem non adversentur*, §. 3, Inst. L. 6, §. 1, D. L. 3, C. h. t.; *quum tamen nemo paganorum cum duobus testamentis decedere possit* (§. 491, 4).

§. 684. *Hinc et* 4 *nulla exigitur solemnitas ordinationis*, §. 3, Inst. h. t.; *sufficit enim unitas actus*, L. ult. C. h. t., *et quinque testium, etiam quibuscum non omnino est testamenti factio, veluti mulierum, immo et non rogatorum* (*a*), *praesentia*, L. 20, §. 6, D. qui test. fac. poss. L. ult. §. ult. C. h. t.

§. 685. *Solent etiam codicilli iungi testamento solemni, quando illi inseritur CLAUSULA CODICILLARIS*: Si testamentum non valebit tanquam testamentum, volo, ut valeat iure codicillorum, L. 41, §. 3, D. de vulg. et pup. substit. L. 3, fin. de test. mil.

§. 686. *Et tunc huiusmodi testamentum, ratione solemnitatum externarum invalidum, in vim fideicommissi sustinetur*, L. 29, §. 1, D. qui test. fac. poss., *dum quinque testes subscripserint. Non vero haec clausula supplet*: 1 *defectum solemnitatum internarum, v. g. praeteritionem liberorum; nec* 2 *de-*

(*a*) *Quod ad foeminas attinet, dissentiunt ARN. VINN.* ad §. 6 Inst. de test. eod. *et HENR. BERN. REINOLD.* Van. c. 8. *Sed quum olim in codicillis testibus non magis opus fuerit, quam in epistolis, uti ex* L. 89 pr. D. de legat. 2 L. 77 §. 23 D. eod. *colligitur, postea vero quinque testes non solemnitatis, vel ordinationis, sed probationis caussa exigeruntur; recte colligitur, et foeminarum testimonium non esse reiiciendum. Arg.* L. 20 §. 6 D. qui test. fac. poss. L. 18 D. de test.

§. 680. I CODICILLI dunque sono *l' espressione men solenne dell' ultima volontà di coloro o che muoiono testati o intestati* (§. *ult. Inst. h. t.*).

§. 681. Diciamo che sono l'espressione dell'ultima volontà, dal che segue che i codicilli sieno *scritti* o *nuncupativi* (*L.* 13, *Cod. de SS. eccles.*, *L. ult.* §. *ult. Cod. h. t.*), come pure o *fatti con testamento o ab intestato* (§. 1, *Inst. h. t.*). Questi ultimi sussistono da loro stessi (*L.* 3, *pr.* §. 2, *L.* 8, *pr.* §. 1, *D. h. t.*), gli altri sussistono o cadono col testamento (*L.* 3, §. *ult. L.* 16, *D. h. t.*).

§. 682. Soggiungiamo esser *volontà men solenne*; da ciò la ragione perchè pe' codicilli si omettono le solennità interne ed esterne de' testamenti. Quindi è che colui che può far testamento può altresì far codicilli (*L.* 6, §. 3, *L.* 8, §. 2, *D. h. t.*); ma 1.° in un codicillo non si può direttamente istituire un erede, fare una eseredazione o sostituire (§. 2, *Inst. L.* 6, *pr. L.* 10, *D. L.* 2, *Cod. h. t.*); soltanto 2.° puossi fare un fedecommesso, un legato, una donazione a causa di morte, ec.

§. 683. Quindi 3.° possonsi fare più codicilli purchè non sieno opposti tra loro (§. 3, *Inst. L.* 6, §. 1, *D. L.* 3, *Cod. h. t.*), mentre niun cittadino non militare può morire con due testamenti (§. 491, 4.°).

§. 684. Laonde 4.° non esigesi alcuna solennità nella formazione de' codicilli (§. 3, *Inst. h. t.*); avvegnachè basta l'unità dell' atto (*L. ult. Cod. h. t.*), e la presenza di cinque testimoni, ancorchè tutti non godano della facoltà di poter testare, come sono le donne (*a*), anzi di coloro che non sono stati specialmente convocati (*L.* 20, §. 6, *D. qui test. fac. poss. L. ult.* §. *ult. D. h. t.*).

§. 685. I codicilli sogliónsi altresì unire a' testamenti solenni, allorchè vi s'inserisce la clausola CODICILLARE. *Se il mio testamento non vale come testamento voglio che valga come codicillo* (*L.* 41, §. 3, *D. de vulg. et pupill. subst. L.* 3, *fin. D. de test. milit.*).

§. 686. E allora se un cosiffatto testamento non fosse valido per mancanza di solennità esterne, si sosterrebbe per forza di fedecommesso (*L.* 29, §. 1, *D. qui test. fac. poss.*), purchè sottoscritto da cinque testimoni. Ma siffatta clausola non supplisce: 1.° la mancanza delle solennità interne, come la preterizio-

(*a*) In quanto alle femmine sostengono l'opposto VINNIO nel §. 6, *Inst. de testam. ord.*, e ERRICO BERNARDO REINOLDI *Var. cap.* 8. Ma siccome anticamente ne' codicilli non richiedevansi testimoni del pari che nelle lettere, come apparisce dalla *L.* 89, *pr. D. de legat.* 2, e dalla *L.* 77, §. 23, *D. eod.* e in seguito ne furon richiesti cinque non per la solennità o per la formazione dell' atto, ma per la pruova; quindi rettamente si può conchiudere che la testimonianza delle donne non si debba ne' codicilli rigettare, arg. *L.* 20, §. 6, *D. qui test. fac. poss. L.* 18, *D. de test.*

fectum in statu, *vel voluntate testatoris*; *nec* 3 *defectum non aditae hereditatis*, L. 3, D. de vulg. et pup. subst. L. 25, D. qui test. fac. poss.

§. 687. *In foro tamen multo maiorem huic clausulae effectum tribuere solent*, *adeo*, *ut eam testamentum sustinere dicant*, *in quo praeteritus pater vel filius*, *STRYK*. Caut. testam. c. 23, §. 39, seq.; *item testamentum ruptum a posthumo*, *dum testator sciverit se posthumum habiturum*, *GAIL*. Obs. lib. II. c. 114; *nec non testamentum destitutum*, *eatenus*, *ut fideicommissum ab heredibus etiam legitimis peti possit*, *GAIL*. Obs. lib. II. cap. 134, n. 3. *Quin et clausulam codicillarem non adiectam subintelligi tradunt scriptores pragmatici*, *SANDE* lib. IV. tit. 1, def. 12.

Finis.

ne de' figli ; nè 2.° la mancanza derivante dallo stato o dalla volontà del testatore, nè 3.° la mancanza di accettazione di eredità (*L.* 3 , *D. de vulg. et pupill. substit*, *L.* 25 , *D. qui test. fac. poss.*)

§. 687. Intanto nel *foro* suolsi attribuire a siffatta clausola un effetto molto più esteso , di modo che giungesi ad asserire che faccia valere il testamento nel quale il padre o il figlio sia stato preterìto (STRYK. *Cautel. testam. cap.* 23, §. 39 *segu.*); del pari 2.° un testamento rotto per l'agnazione di un postumo , mentre il testatore sapeva che dovea sopravvenirgli un postumo GAIL. *lib.* 2, *obs.* 114); non che 3.° un testamento destituto , di modo che si possa domandare il fedecommesso dagli eredi anche legittimi (GAIL. *lib.* 2 , *obs.* 134 , n. 3). Che anzi i forensi vogliono che senza essere scritta sottintendesi la prefata clausola codicillare (SAND, *lib.* 4 , *tit.* 1 , *def.* 12.).

Fine.

INDICE DEL PRIMO VOLUME

LIBRO PRIMO

LIBRO SECONDO